

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA (FACULTAD DE DERECHO)

“Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria”

Tesis Doctoral por Compilación de Publicaciones

Doctorando: José María López Jiménez

Directora de Tesis: Dra. Blanca Sillero Crovetto

Noviembre, 2015



Publicaciones y
Divulgación Científica

AUTOR: José María López Jiménez

 <http://orcid.org/0000-0002-9874-4870>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

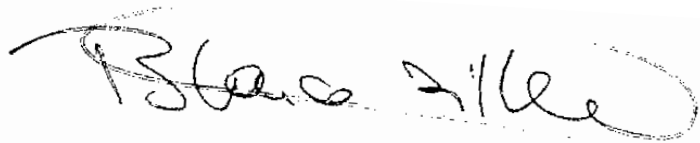
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

Málaga, 16 de noviembre de 2015

En relación con la Tesis Doctoral por Compilación de Publicaciones elaborada por el Doctorando D. José María López Jiménez, titulada “Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, de la que soy Directora, considero que la misma es idónea para su presentación.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, reading "Blanca Sillero", with a long horizontal flourish extending to the right.

Fdo.: Blanca Sillero Crovetto

ÍNDICE

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | Introducción y consideraciones generales..... | 1 |
| 2. | El sistema financiero..... | 12 |
| a. | La transformación del sistema financiero..... | 12 |
| b. | La reestructuración de las cajas de ahorros..... | 15 |
| 3. | Contratación en el sistema financiero..... | 18 |
| 4. | Un sistema financiero en crisis..... | 21 |
| a. | Participaciones preferentes | 21 |
| a´. | El asesoramiento en materia de inversión..... | 21 |
| b´. | Las preferentes y el canje como solución..... | 24 |
| c´. | El arbitraje de preferentes..... | 27 |
| b. | Mercado hipotecario. Especial consideración a la cláusula suelo...29 | |
| a´. | Mercado hipotecario..... | 29 |
| b´. | La cláusula suelo..... | 44 |
| 5. | Las acciones colectivas..... | 64 |
| 6. | Hacia un nuevo sistema financiero orientado a los ciudadanos..... | 72 |
| 7. | Conclusiones..... | 74 |

Relación de libros y artículos del doctorando relacionados con el sistema financiero, la contratación financiera y las cláusulas abusivas (por orden de aparición en la tesis).....77

Relación de otros libros y artículos doctorando (por orden de aparición).....79

Bibliografía.....80

Anexo. Publicaciones objeto de compilación.....116

1. Introducción y consideraciones generales

En el año 2007 publiqué mi primer trabajo doctrinal, bajo el título de “Las tarjetas bancarias” (Diario La Ley, núm. 6.686, 4 de abril de 2007). La elección de esta temática obedeció a dos circunstancias, en lo fundamental: de un lado, al estudio de investigación desarrollado en el año 2006¹ para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, que sirvió de base a aquel, y, de otro, a mi condición de empleado de banca (en aquella época, rigurosamente, de una caja de ahorros) lo que me permitió conocer de primera mano el fenómeno de los medios de pago bancarios, su casuística y problemática².

¹ Este trabajo, en el marco del Programa de Doctorado denominado “La protección de los consumidores y usuarios en el Derecho Privado” (2004-2006), se denominó “Protección del cliente y condiciones generales de la contratación en las tarjetas bancarias”, y fue tutelado por la Dra. Blanca Sillero Crovetto.

² En 2009 publiqué mi primer libro, “Uso ilícito de las tarjetas bancarias” (Editorial Bosch), obra que se relanzó luego, revisada y actualizada, para la adaptación a la modificación del Código Penal de 2010, como segunda edición (2012, con la misma editorial).

En esta obra, en sus dos ediciones, me centré en la protección del usuario de medios de pago, y en la de las propias entidades financieras, desde la perspectiva penal.

En el ámbito de los servicios de pago, publiqué en 2011 “Comentarios a la Ley de Servicios de Pago” (Editorial Bosch), que me sirvió para, desde esta perspectiva, realizar una aproximación al dinero y los medios de pago más sofisticados, hasta llegar a los modernos medios que brindan las nuevas tecnologías, para centrarme en el euro y en la Zona Única de Pagos en Euros, regulada por la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, objeto de transposición en España, primordialmente, por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

El hilo conductor de esta tesis por compilación de publicaciones es la protección del usuario de servicios financieros en relación con diversas controversias surgidas comenzada la reciente crisis financiera y económica, que, a estos efectos, hemos identificado con la oferta y contratación de las participaciones preferentes y con variados desencuentros en el mercado hipotecario, algunos ya resueltos, otros, más dudosos, por resolver, como mostraremos más adelante.

En este mismo año 2007 se produjo la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que derogó la originaria regulación de 1984, de desarrollo del art. 51 de la Constitución. El papel de esta normativa, en parte administrativa, en parte civil, ha sido crucial para la efectividad de la protección del consumidor en nuestro país³.

Parece que todos los elementos que habrían de condicionar mi producción académica durante la siguiente década, como son el sistema financiero, de un lado, y la protección del consumidor, de otro, pasaban, de una u otra manera, por este año iniciático de 2007.

En “Comentarios a la Ley de Servicios de Pago” nos centramos, entre otros aspectos, en la protección del usuario en la prestación de servicios de pago, que no se ha mostrado tan problemática como la de otros sectores del sistema financiero.

En este sentido, prestamos especial atención a los derechos de los usuarios según lo contemplado en la Ley de Servicios de Pago y, particularmente, en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (información precontractual, gastos y comisiones, régimen de modificación de condiciones contractuales y finalización del contrato, régimen de las operaciones no autorizadas, régimen de devolución de ciertas operaciones —singularmente, de los adeudos domiciliados y los pagos con tarjeta—, garantías para los usuarios de tarjeta — como la franquicia de 150 euros respecto a operaciones no autorizadas, la prohibición del envío de tarjetas no solicitadas...— , la delimitación de las responsabilidades de los proveedores de servicios de pago del beneficiario y del ordenante, etcétera.

Por la razón apuntada, es decir, por la inexistencia, más allá de las controversias individuales, de reclamaciones que hayan podido afectar a una pluralidad de usuarios, no desarrollamos en más detalle lo tratado en esta obra.

³ El hecho de que la regulación de consumo se haya desarrollado por las diecisiete comunidades autónomas españolas, a veces, literalmente, para transcribir lo ya preceptuado por la regulación estatal, puede haber hecho perder vigor a la efectividad de la regulación de consumo e impuesto excesivos costes regulatorios a las empresas con implantación superior a una comunidad autónoma. Las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, por su mayor cercanía a los consumidores, sí pueden desempeñar un papel relevante en su protección, aunque quizá no se les haya sacado todo el jugo posible.

Aunque ya por aquel entonces, en aquellos primeros pasos, prestamos atención a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, transpuesta en España por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, jamás sospechamos, ni nosotros, ni, posiblemente, muchos estudiosos y operadores jurídicos, el vigoroso retorno de la citada Directiva unos 15 o 20 años más tarde. El hecho de que, en 2016, previsiblemente, la cuestión de las cláusulas suelo incorporadas en los préstamos hipotecarios a tipo variable formalizados por las entidades crediticias españolas se vaya a resolver por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en esta Directiva nos da una idea de su importancia extraordinaria.

Se han dado circunstancias sorprendentes, como que 22 años después de su aprobación, en 2015 se haya corregido un error de traducción al español, nada menos, que del mismo concepto de cláusula abusiva⁴, lo que ha pasado para nuestra doctrina más que desapercibido, a nuestro juicio.

Personalmente, no deja de impactarnos este “descubrimiento” del Derecho de Consumo. Por ejemplo, el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 25 de marzo de 2015⁵, que podemos afirmar abiertamente que se posiciona del lado de los consumidores, determina que “el tratamiento de las situaciones de ineficacia contractual resulta siempre complejo a la hora de su debida justificación o fundamentación jurídica, máxime en supuestos tan novedosos como los que se deriven de la aplicación del control de transparencia, pero precisamente por ello, resulta del todo necesario llevar a

⁴ La Corrección de errores de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de junio de 2015) establece que donde se dice que “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, debe decir “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

⁵ Id. Cendoj: 28079119912015100015.

cabo la tarea de su delimitación y concreción jurídica”. Es decir, es “novedosa” la aplicación de una Directiva de 1993, adaptada en España en 1998, por no mencionar la existencia del art. 51 de la Constitución de 1978, de la originaria Ley General de 1984, del texto refundido de 2007 y de todas las leyes y disposiciones, estatales y autonómicas, promulgadas al respecto. Más adelante nos referiremos con más detalle a la transparencia, a propósito de la cláusula suelo, pese a que, obviamente, su alcance es más amplio y se puede extender a la contratación general con consumidores.

Naturalmente, el concepto de cláusula abusiva, en sentido riguroso, solo rige en relación con los consumidores, lo que no impide para que, en los abusos que se puedan cometer en relación con los no consumidores, el ordenamiento jurídico deba reaccionar a través de los cauces pertinentes⁶.

⁶ La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) es una referencia inexcusable al efecto, por su precisión y claridad: una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es, por otra parte, la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Las condiciones generales abusivas, o el abuso de posición dominante, entre profesionales se regirán por el régimen general de nulidad.

Además de la protección rigurosamente contractual, hay que tener en cuenta los mandatos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad. De acuerdo con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, esta institución tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.

Ciertos sectores productivos cuentan con sus propios sistemas para preservar su correcto funcionamiento, como es el caso, por ejemplo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que resulta competente en este mercado, en especial, conforme al Real Decreto

Así, según el reformado art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, pero también las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Junto a una jurisprudencia que ha permanecido fiel al concepto de consumidor como destinatario final de bienes o servicios o persona que actúa al margen de una actividad empresarial o profesional, en sentido lato, se detecta una tendencia a extrapolar la normativa de consumidores al contratante, en general, sobre todo cuando se aprecia una predisposición de las cláusulas contractuales por parte del empresario dominante en la relación contractual (en este sentido, ya se pronunció, por ejemplo, Carrasco Perera en 2002). Esta falta de sujeción al concepto legal de consumidor se puede convertir en un arma de doble filo, que prive de protección efectiva a quienes más lo necesiten, igualando, desde el punto de vista del tratamiento jurídico, a quienes podrían merecer tratamientos diferenciados.

Incluso el Tribunal Supremo se ha debido manifestar, con cierta contundencia, sobre los casos en los que se debe aplicar la normativa protectora de consumidores, al hilo de la determinación de cuándo una cláusula es abusiva o no, pues parece que el concepto vulgar de que algo es abusivo ha calado y llegado a neutralizar un criterio técnico como es el de cláusula abusiva, en sentido estricto, que solo rige cuando concurre un consumidor⁷.

Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁷ La STS, Sección 1ª, de 9 de junio de 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100424) determina que “debe señalarse que la normativa en materia de usuarios y consumidores [...] no es aplicable, no sólo ya porque al demandante no le faltaba el conocimiento adecuado por lo que resulta irrelevante si hubo o no la información previa, sino porque la actora al utilizar el servicio de que se trata en una actividad empresarial carece de la condición de usuario a efectos de dicha regulación”.

Y, muy especialmente, la STS, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100055) formula las siguientes consideraciones, que por su claridad e interés reproducimos:

Aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había venido pronunciando, periódicamente, sobre la regulación de protección de consumidores, fue la conocida como “sentencia Aziz”, de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), la que alertó de las debilidades del sistema español de ejecuciones hipotecarias, que hasta entonces creíamos sólido y equilibrado, y provocó la rápida promulgación de Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler, la cual, a su vez, en un proceso que parece inacabable, también ha sido impugnada a través del planteamiento de varias cuestiones prejudiciales⁸.

“En tercer lugar, la cuestión de las cláusulas abusivas que producen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, cuya nulidad contempla los vigentes artículos 82 y 83 de la actual Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, texto refundido aprobado por Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, al igual que la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, vigente al tiempo del contrato de obra de autos, se refiere tan sólo a los consumidores y tanto por una como por otra de tales leyes, las partes contratantes y ahora litigantes no son consumidores y no les es aplicable esta Ley.

En cuarto lugar y en relación con lo anterior, la Ley 7/1998, 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sí aplicable al presente contrato sin entrar siquiera en si se tratan o no de condiciones generales, prevé en su artículo 8 la nulidad de aquéllas que contradigan lo dispuesto en la ley, lo que no se plantea y establece la nulidad de las cláusulas abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor y, como se ha dicho, no es éste el caso presente.

En definitiva, las cláusulas cuya nulidad ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial no atentan a la *necessitas* que proclama el artículo 1256 del Código civil, ni cabe que por ser consideradas abusivas sean declaradas nulas ya que la parte que así lo defiende no es un consumidor. Ni tampoco la consideración de un posible abuso puede llevar a apreciar que atenta a la *necessitas*, esencia de la obligación. En la realidad, dos empresas celebran un contrato, lo aceptan, prestan su consentimiento sin vicio alguno, ni siquiera alegado, y quedan por ello obligadas, precisamente en aplicación de los principios que enumeran los artículos 1091 y 1256 del Código civil”.

⁸ La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14) estima que el plazo de un mes, a contar desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, para los procedimientos de ejecución que se encontraban en curso cuando entró en vigor la citada

La “sentencia Aziz” confirmó la debilidad de ciertas cláusulas, tradicionales en la contratación hipotecaria española, algunas, incluso, con expreso respaldo legal, como la de vencimiento anticipado por impago de una cuota del préstamo hipotecario (art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la de aplicación del interés demora, excesivos a juicio del Tribunal, y la de fijación unilateral de los intereses por el propio acreedor conforme al método pactado.

La Directiva 93/13/CEE, que tanto ha influido en el Derecho de Consumo español y en la regulación sobre condiciones generales de la contratación, tras haber permanecido durante varios años en estado de semiolvido, se ha erigido, decíamos, como referencia inexcusable de esta época de transición.

Este regreso inesperado no lo fue solo en España, sino en todos los países de la Unión Europea, gracias, sobre todo, al renovado empuje en materia de protección del consumidor impulsado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha basado una buena parte de sus tesis en la Directiva de 1993.

No obstante, y el caso en España de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a tipo variable es una buena prueba de ello, este papel activo ha generado dificultades difíciles de superar en la articulación de la regulación europea y la de cada Estado miembro, y en la de las resoluciones del Tribunal de Justicia y las de los diversos tribunales nacionales, incluidos los Tribunales Supremos y Constitucionales⁹.

Ley 1/2013, es materialmente suficiente para poder preparar e interponer un recurso judicial, pero, sin embargo, es contrario al principio de efectividad de la Directiva de 1993. Según el Tribunal, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial, esto es, por notificación individual.

⁹ En la cuestión prejudicial C-154/15, elevada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, se plantea la posible contradicción entre la doctrina de la STS, Pleno, de 9 de mayo de 2013 (Id. Cendoj: 28079119912013100009), posteriormente confirmada por varias sentencias del Tribunal Supremo, especialmente la del Pleno, de 25 de marzo de 2015 (Id. Cendoj: 28079119912015100015) que limita los efectos restitutivos asociados a la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, sin que estos puede ir más allá del 9 de mayo de 2013, y el Derecho de la Unión Europea, precisamente, la Directiva 93/13/CEE, cuyo artículo 6

A la par, con 1,5 billones de euros de ayuda estatal autorizados por la Comisión Europea entre 2008 y 2012, el proceso de construcción de la Unión Bancaria comenzado en 2012, que alcanzó su primer hito el 4 de noviembre de 2014, cuando el Banco Central Europeo comenzó a supervisar a las entidades europeas “significativas”, ha generado otras paradojas.

Tenemos el ejemplo cercano de la STS, Pleno, de 9 de mayo de 2013, en una discusión no cerrada todavía, sobre si el “orden público económico”, en el contexto de unas entidades financieras españolas que, en parte, debieron ser rescatadas en 2012, puede justificar que la declaración de abusividad de una cláusula contractual, la cláusula suelo, en concreto, limite los efectos restitutorios a una determinada fecha. Al análisis de toda esta problemática he dedicado la obra “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios” (Editorial Bosch, 1ª ed. marzo 2014, 2ª ed. julio 2015), que he dirigido y de la que soy coautor.

Retomando el hilo cronológico, decíamos que el año 2007 fue, en lo personal, en lo concerniente a mi actividad investigadora, un año clave. Cuando comenzaba a abrir los ojos al análisis de la realidad jurídica y económica, varios meses después de la

determina la no vinculación del consumidor y la subsistencia del contrato siempre que ello sea posible, mientras que el 7 dispone que los Estados miembros velarán por cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

En las observaciones escritas de 13 de julio de 2015, los agentes de la Comisión Europea se posicionan en contra de que los tribunales nacionales “puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor —y a la que está obligado el profesional— en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia”.

Se trata, no obstante, del primer paso que conducirá a la emisión de conclusiones por el Abogado General y, en último término, al fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un sentido que no tiene que ser coincidente, necesariamente, con el apuntado. Lo que sí parece fuera de duda es que la resolución del Tribunal de Justicia será trascendental para la resolución de esta controversia en nuestro país.

publicación de mi primer artículo, comenzó a sentirse la crisis financiera. Dieron inicio las primeras “turbulencias” en el sistema financiero, con las conocidas como “hipotecas basura” (*subprime mortgages*) originadas en los Estados Unidos. Lo más tradicional del sistema bancario y cercano al perfil de cliente tradicional (los préstamos hipotecarios) se unió a lo presumiblemente más innovador, como son los procesos de titulización de activos y el empleo de derivados, con el respaldo de los conocidos como seguros de impago (*credit default swaps*).

La confusión entre la centenaria banca comercial y la más moderna banca de inversión generó un caos, que impidió a las propias entidades financieras y hasta a los supervisores conocer el volumen de las pérdidas y la identidad misma de los inversores afectados.

Estos primeros estertores no serían sino el preludio de la mayor convulsión del sistema financiero mundial experimentada desde el *crash* bursátil de 1929 y la Gran Depresión, que fueron elementos determinantes, entre otros, para que, en 1939, estallara la Segunda Guerra Mundial.

Nos referimos, en concreto, a la quiebra del gigantesco banco de inversión norteamericano Lehman Brothers el 15 de septiembre de 2008, que transformó las “turbulencias” en auténtico pánico. En esos días de septiembre y octubre de 2008, de manera inusual, los Bancos Centrales y los Gobiernos de los países más poderosos económicamente unieron sus fuerzas para resistir la acometida que se les venía encima, y se creó el G-20, como foro para la toma de decisiones por los Gobiernos de los Estados más industrializados y los conocidos como emergentes¹⁰.

La cantidad y profundidad de los cambios de toda laya experimentados desde entonces han sido extraordinarios, pues a la crisis financiera se ha superpuesto otra política, económica e incluso social, tanto dentro de nuestras fronteras como fuera, con movimientos migratorios del alcance regional no vistos desde hace décadas.

¹⁰ Al marco para la toma de decisiones económicas y financieras por los actores estatales y a los retos para su actualización, dando cabida a nuevas potencias económicas, nos hemos referido en el artículo “Un nuevo orden internacional político y económico para el siglo XXI” (Extoikos, núm. 14, 2014).

En el centro de este torbellino se ha parecido contraponer la estabilidad de un sistema financiero necesario pero inadecuadamente supervisado y, en lo que compete a ciertas entidades financieras, nacionales e internacionales, mal gobernadas, con el de los usuarios de servicios financieros que han perdido todo o parte de sus ahorros, o se han visto expulsados de sus hogares.

En las siguientes páginas expondremos nuestra producción académica relacionada, especialmente, con la protección del usuario de servicios financieros (que puede ser consumidor o no serlo), que se acompañará por sucintas explicaciones a propósito de la misma, en el marco convulso de una transformación sin precedentes del sistema financiero español, europeo y mundial, de la que también habremos de dar cuenta con cierta profundidad.

Esta producción académica se agrupa en esta tesis doctoral por compilación de publicaciones por temáticas generales de investigación, como son, por este orden, las siguientes: el sistema financiero; la contratación en el sistema financiero; el fenómeno de las participaciones preferentes y el de la contratación hipotecaria, con especial atención, en este último caso, a las cláusulas suelo, en el contexto de un sistema financiero en crisis y de unos ciudadanos golpeados por esta y el deterioro económico generalizado.

Con carácter envolvente, dedicaremos algunas reflexiones a las acciones colectivas, por las ventajas que podrían implicar para la litigación con consumidores, que no terminan de materializarse, y, como punto de llegada, bosquejaremos cómo debería ser el sistema financiero del futuro inmediato, que, lo adelantamos, se habría de definir por su carácter instrumental y de servicio al usuario de servicios financieros y al ciudadano en general.

En cada uno de estos ámbitos mencionaremos los trabajos relacionados con las respectivas materias que dan soporte a nuestros argumentos.

En un último apartado, concluiremos con la tesis principal que se desprende de nuestro esfuerzo investigador, que, precisamente, apreciamos, sirven para cerrar el edificio de esta primera etapa investigadora, que abarcaría el período 2005-2015¹¹.

¹¹ Nuestro primer artículo de investigación se publicó en 2007, pero su origen está en el trabajo “Protección del cliente y condiciones generales de la contratación en las tarjetas bancarias”, referido en el pie de página 1.

2. El sistema financiero

El objeto de nuestro análisis durante los últimos años ha sido la contratación con consumidores en el sistema financiero. Al concepto de consumidor nos hemos referido con cierto detenimiento en el apartado precedente, y sobre él se puede profundizar en nuestra producción académica, por lo que ahora no reiteraremos aquí los aspectos menos novedosos y sobre los que hay disponible amplia literatura.

En cambio, como ocurre con el concepto de cláusula abusiva, que ha perdido robustez y se ha reblandecido por el uso, creemos conveniente explicar, someramente, qué es el sistema financiero y cuáles son las transformaciones que ha sufrido en los años más recientes, lo que permitirá acotar mejor lo que ha sido nuestro estudio.

A estos efectos, nos apoyaremos en “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, y en nuestro capítulo en la obra colectiva “La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos” (La Ley, 2015, dirigida por Alfonso Martínez-Echevarría, Ana Belén Campuzano y Rafael Mínguez), titulado “El proceso de bancarización de las cajas de ahorros”.

a. La transformación del sistema financiero

La crisis financiera y económica que comenzó en verano de 2007 ha dejado al descubierto las debilidades, algunas de enorme relevancia, del sistema financiero, no solo español sino también del desvencijado sistema financiero europeo, e incluso del mundial, cuyas bases se marcaron en Bretton Woods en el lejano año de 1944.

Como ha explicado, con acierto, creemos, la Comisión Nacional sobre las Causas de la Crisis Financiera y Económica en los Estados Unidos (2011), el sistema financiero debe descansar en los principios de justa reciprocidad, responsabilidad y transparencia, lo que se debe cohonestar con la legítima búsqueda de beneficios o lucro por parte de las empresas que ofertan bienes y servicios, que, como contrapartida, deben ser de calidad en beneficio de los usuarios.

Por tanto, no parece que sea cuestionable que el sistema financiero, entendido como el conjunto de instituciones, medios y mercados, cuyo fin primordial es canalizar el ahorro que generan los agentes económicos con capacidad de financiación hacia aquéllos otros

que, en un momento dado, tienen necesidad de financiación (Edufinet, 2014), sea necesario e imprescindible para el progreso de una sociedad.

Tampoco se debe perder de vista que las entidades financieras que captan depósitos de su clientela para conceder créditos por cuenta propia (entidades de depósito, que en nuestro país son los bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito) son inestables por definición, especialmente en sistemas de reserva fraccionario como los mayormente consolidados, lo que obliga a que se adopten medidas tales como la supervisión pública, el establecimiento de una normativa de recursos propios y requerimientos de capital o de un fondo de garantía de depósitos.

En todo caso, tanto en nuestro país como fuera de él, el modo de hacer banca tradicional (banca comercial) carece de la potencia suficiente para provocar una crisis tan colosal como la comenzada en 2007, que se ha basado en una combinación de captar pasivo y conceder préstamos, con fórmulas tomadas de la llamada banca de inversión, que no descansa en la captación de depósitos ni se dirige a una clientela tan amplia sino a otra más experta y especializada.

La formación de la burbuja inmobiliaria ha tenido una repercusión directa en el mercado hipotecario, tanto en el minorista como en el mayorista, pero también ha provocado que surgieran otros tipos de litigios, relacionados, por ejemplo, con ciertas formas de ahorro o inversión, como las participaciones preferentes. Desde una perspectiva u otra, han sufrido las entidades financieras, pero también, sobre todo, muchos de sus clientes.

Las consecuencias han sido manifiestas. Los clientes de las entidades financieras han perdido la confianza en las mismas, y las propias entidades, en muchas ocasiones con apoyo público, han debido transformarse en diversas formas (absorciones, fusiones, creación de nuevas entidades a las que se ha cedido la parte del negocio financiero que se podía salvar, etcétera).

En España y Europa, la transformación ha sido particularmente significativa. La supervisión directa por el Banco Central Europeo, desde noviembre de 2014, de las entidades más significativas de la Eurozona, en el marco del Mecanismo Único de Supervisión, es un primer paso. En 2016 será efectivo su complemento, el Mecanismo Único de Resolución, cuyo “fondo de rescate” estará completamente dotado por la industria bancaria, hacia 2024, con unos 55.000 millones de euros. Los accionistas de

las entidades rescatadas, sus inversores y los depositantes no garantizados (por encima de 100.000 euros) soportarán pérdidas. Solo excepcionalmente se podrá recurrir al fondo anterior y, en último término, a dinero público, por lo que los contribuyentes estarán, inicialmente, salvaguardados de las malas decisiones ajenas¹².

En el caso español, merece prestar atención al Memorando de Entendimiento (*Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality*) pues, en verano de 2012, fue el elemento catalizador que sirvió para, de veras, afrontar el saneamiento y fortalecimiento del sector financiero español, severamente afectado por la crisis inmobiliaria, tras los primeros intentos domésticos, que resultaron fallidos por diversas razones. La reestructuración del sistema financiero español, y, reflejamente, parte de su impacto en la clientela de ciertas entidades, ha venido originado por este trascendental documento¹³.

¹² El nuevo “corpus regulatorio” viene integrado, en lo más básico, por la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE; el Reglamento (UE) 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012; el Reglamento (UE) 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito; la Directiva 2014/59/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y la Directiva 2014/49/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos.

¹³ El documento, emitido en las mismas fechas, que al más alto nivel político fundamentó la adopción del Memorando, fue la Decisión del Consejo, de 23 de julio de 2012, dirigida a España, sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera (2012/443/UE) que, tras describir pormenorizadamente la dramática situación que atravesaba el país, determinó que “la Comisión, previa consulta al Banco Central Europeo (BCE), la Autoridad Bancaria Europea (ABE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), ha acordado con las autoridades españolas las condiciones específicas de política para el sector financiero aparejadas a la ayuda financiera.

De conformidad con el art. 43 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, los Memorandos de Entendimiento —o acuerdos internacionales no normativos— no constituyen fuente de obligaciones internacionales.

b. La reestructuración de las cajas de ahorros

Pero si por algo se describe la transformación del sistema financiero español, tanto por lo que ha implicado histórica y estructuralmente, como para muchos de los clientes, ha sido por la práctica desaparición del modelo de las cajas de ahorros, a pesar de que, sobre el papel, subsista en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

En 2006, el mismo Fondo Monetario Internacional validó el modelo de las cajas de ahorros, señalando algunas pequeñas debilidades, fácilmente subsanables en el medio plazo, concluyendo que las “cajas son entidades bien reguladas y supervisadas que compiten en pie de igualdad con los bancos”. Obviamente, el panorama comenzaría a cambiar radicalmente al año siguiente.

En junio de 2012, la insostenible situación de una entidad bancaria que aglutinaba a siete cajas de ahorros fue el detonante que obligó al Gobierno español, por esta y por otras entidades, a pedir auxilio financiero a sus socios europeos, que le fue prestado con la participación del Fondo Monetario Internacional, por medio del Memorando de Entendimiento al que ya nos hemos referido. Con el Memorando de Entendimiento la suerte de las cajas quedó echada.

Previamente, con el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro, se consideró que sería suficiente para recuperar el sector de las cajas, con unos costes razonablemente moderados.

Estas condiciones quedan establecidas en el memorándum de entendimiento que deben firmar la Comisión y las autoridades españolas”, con el objetivo de lograr la recapitalización de los bancos españoles de forma adecuada para garantizar su capacidad de operar sin recibir más apoyo estatal. El art. 1, apartado 1, concluye disponiendo que “esta estrategia se especificará con más detalle en el memorándum de entendimiento que desarrolle las condiciones de política introducidas en la presente Decisión”.

Los sistemas institucionales de protección habían recibido empuje con el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que desarrolló sus aspectos básicos con el añadido de una nueva letra d) al apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. El Real Decreto-ley 11/2010 aquilató esta regulación, especialmente a efectos fiscales, y pretendió, asimismo, reforzar la aptitud de los integrantes de los órganos de gobierno de las cajas y la mejora de su peculiar gobierno corporativo, y que estas entidades se pudieran capitalizar con la emisión de cuotas participativas que otorgaran derechos políticos, no sólo económicos, a los cuotapartícipes.

Pero lo más extraordinario fue, en nuestra opinión, la opción concedida a las asambleas de las cajas de ahorros para ejercer la actividad financiera indirectamente a través de bancos participados, al menos, en un 50% de su capital, y la transformación de la caja, en ciertas hipótesis, en fundación de carácter especial.

Ante la insuficiencia de las medidas, una nueva vuelta de tuerca, prácticamente la última antes de que el sistema financiero español fuera intervenido a mediados de 2012, se dio con el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero.

Se decidió elevar el capital principal de las entidades de crédito, integradas en grupos o no, al menos, al 8% de sus exposiciones totales ponderadas por riesgo, siendo insuflada más presión sobre ciertas entidades, que habrían de alcanzar un 10%. Las medidas del Real Decreto-ley 2/2011, escasamente ayudadas por el frustrado despegue de la economía, no surtieron los efectos deseados.

La solución final llegaría con el Memorando de 2012, en cuyo apartado 23 se determinó lo siguiente:

“Se reforzarán los mecanismos de gobernanza de las antiguas cajas de ahorros y de los bancos comerciales bajo su control. Las autoridades españolas prepararán para finales de noviembre de 2012 normas que aclaren la función de las cajas de ahorro en su calidad de accionistas de entidades de crédito, para, en último término, reducir su participación en las mismas hasta un nivel no mayoritario. Es más, las autoridades propondrán medidas para reforzar las normas de idoneidad de los órganos de gobierno

de las cajas de ahorros y para adoptar requisitos de incompatibilidad para los órganos de gobierno de las antiguas cajas de ahorros y los bancos comerciales bajo su control. [...]”.

El devenir inmediato de las cajas quedaba marcado. Una opción, no impensable, desde luego, era que se dictaminara la supresión de las cajas de la regulación. Sin embargo, la decisión tomada por el Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y el Banco Central Europeo fue la de que se mantuviera el modelo, clarificando la relación entre las cajas (o las fundaciones especiales) y sus bancos comerciales instrumentales, procurando, “eventualmente”, la reducción de la participación hasta niveles de no control. En cuanto a las cajas que pudieran haber subsistido y aceptaran el molde tradicional, o las de nueva creación en el futuro, deberían ser completamente distintas a las que alimentaron la burbuja inmobiliaria, quedar bien atadas al territorio de origen, a la pequeña clientela y no ser sistémicas. Todos estos criterios inspiraron la nueva regulación de las cajas y fundaciones bancarias de la Ley 26/2013.

La Ley 26/2013, dando continuidad al Memorando de Entendimiento, materializó el expediente elegido: las entidades que mejor se gestionaron y seguían siendo cajas de ahorros de ejercicio indirecto, individual o concertado, se transformarían en fundaciones bancarias, al igual que las fundaciones de carácter especial que cumplieran los requisitos para ser fundación bancaria. En cambio, las entidades que lo hicieron peor y en el momento de la promulgación de la Ley 26/2013 eran fundaciones de carácter especial que no aglutinaban los requisitos para ser fundaciones bancarias, perderían toda peculiaridad para convertirse, meramente, en fundaciones ordinarias¹⁴.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 32.1 de la Ley 26/2013, se entenderá por fundación bancaria “aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración”.

3. Contratación en el sistema financiero

El sistema financiero es, como hemos indicado ya, el conjunto de mecanismos a través del cual se ponen en contacto ahorradores, inversores y demandantes de crédito, y que permite compatibilizar las preferencias y las necesidades de unos y otros en cuanto a importe, plazo, rentabilidad y riesgo.

Aunque el sistema financiero es único conceptualmente, reposa sobre tres pilares fundamentales, que son el mercado bancario, el de valores (y derivados) y el de seguros (y fondos de pensiones), supervisados en nuestro país, respectivamente, por el Banco de España, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones¹⁵.

A su vez, las empresas que intervienen como proveedores de servicios financieros difieren de un pilar a otro. Sintetizando, en el mercado bancario el papel más relevante lo asumen las entidades de crédito (bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito), en el de valores, las empresas de servicios de inversión (sociedades de valores, agencias de valores, sociedades gestoras de cartera y empresas de asesoramiento financiero), y en el de seguros, las entidades aseguradoras y los mediadores de seguros (operadores de banca-seguros, en lo que ahora nos interesa).

Ahora bien, el papel predominante corresponde a las entidades de crédito, pues además de intervenir en el mercado que les es propio, el bancario, en la captación de depósitos y la concesión de créditos por cuenta propia, extienden su actividad a los mercados de valores y seguros, bien por estar legalmente habilitadas, como ocurre en el caso de los mercados de valores, bien por adoptar expresamente la forma que les permita cumplir con los requisitos establecidos en otros ámbitos (por ejemplo, una entidad de crédito no puede realizar funciones de aseguramiento, pero sí puede intervenir en el mercado de seguros como comercializadora, a través de la figura del operador de banca-seguros).

¹⁵ Desde finales de 2014, la supervisión bancaria es compartida por el Banco Central Europeo y el Banco de España, como autoridad nacional que apoya al supervisor europeo, supervisa directamente a las entidades bancarias más pequeñas (las menos significativas) y a entidades de otra naturaleza, como son, por ejemplo, las sociedades de tasación, las entidades de dinero electrónico o de pago.

Es decir, que el usuario que entre en contacto con una entidad bancaria tendrá acceso, por lo general, a todo el abanico de servicios financieros, lo que a veces, dado el diverso régimen jurídico aplicable a situaciones aparentemente similares, puede provocar inconvenientes a aquél (por ejemplo, en el caso de productos de inversión —tales como pagarés o participaciones preferentes— no rige la cobertura del Fondo de Garantía de Depósitos, por lo que la protección de la inversión es menor).

Precisamente, para el mejor control de estos grupos de empresas encabezados por entidades financieras contamos con la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros.

Desde el punto de vista del usuario de servicios financieros, no es igual el tratamiento jurídico y la protección que se dispensa al usuario de servicios bancarios que al de servicios de inversión o al de servicios de seguro.

Simplificando un tanto, el usuario de los servicios prestados por la banca está protegido por las normas de transparencia (la Orden EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 5/2012), el de servicios prestados por empresas de inversión por la Ley del Mercado de Valores, puesta al día primordialmente por la Ley 47/2007, de adaptación de la Directiva MiFID, y el Real Decreto 217/2008, y, por último, el usuario de servicios relacionados con el ámbito de los seguros por la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre), la Ley de Mediación de Seguros y el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Sin embargo, ciertos productos financieros presentan dificultades para ser clasificados en una u otra rama del sistema financiero. Por ejemplo, este sería el caso de los “unit-linked”. La información precontractual a proveer en la contratación de los “unit-linked” es parca, dentro de la limitada cobertura del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 6/2004. El vigente apartado 3, párrafo primero, de este artículo 60 dispone que “en los seguros de vida en que el tomador asume el riesgo de la inversión se informará [por la entidad aseguradora] de forma clara y precisa acerca de que el importe que se va a percibir depende de fluctuaciones en los mercados financieros, ajenos al control del asegurador y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros”. La STS, Pleno, de 12 de enero de 2015 (Id. Cendoj: 2807911991201510000) es relevante por varios motivos, pero quizá el más importante sea el de que amplía el radio de acción

de la normativa MiFID a los “unit-linked”, quebrando, en cierta forma, la parcelación ideal del sistema financiero que acabamos de exponer.

Esta visión del sistema financiera como unidad pero con estancos diferenciados, que responden a unos mismos denominadores comunes, va encontrando paulatinamente reflejo en la regulación. Por ejemplo, la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, determina en su exposición de motivos que “La existencia de información veraz, suficiente y comprensible sobre los productos y servicios ofrecidos por las entidades financieras a sus clientes constituye uno de *los principios básicos del Derecho de los mercados financieros*” (la cursiva es nuestra). Uno de los autores de la doctrina que merecen ser destacados en esta línea es el Profesor Zunzunegui.

Adicionalmente, serán aplicables a los usuarios de servicios financieros las normas de protección de consumidores y usuarios, tanto el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, con su reciente actualización por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, como la normativa autonómica, en su caso.

No obstante, hay que alertar sobre las posibles divergencias que pueden aparecer entre la normativa de transparencia bancaria, por ejemplo, y la de consumidores, pues la primera se aplica a los clientes personas físicas, y la segunda se puede aplicar, además de a las personas físicas, a las jurídicas (arts. 2.1 de la Orden EHA/2899/2011 y art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, respectivamente).

4. Un sistema financiero en crisis

a. Participaciones preferentes

En lo concerniente a las participaciones preferentes, traemos a colación tres trabajos.

Inicialmente, aludiremos a la obra colectiva “Guía sobre contratación bancaria de productos complejos” (Sepín, 2015, coordinada por Enrique Sanjuán y Muñoz), y al capítulo de mi autoría denominado “La prestación de asesoramiento en materia de inversión, y la de los servicios de intermediación, custodia y administración”.

En segundo lugar, a la obra que he codirigido con el Profesor Enrique Sanjuán, “Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes” (Editorial Bosch, 1ª ed., abril 2013, 2ª ed. junio 2013), en la que escribí un capítulo dedicado al “Canje de preferentes y otras alternativas como sistema de cobro”.

Por último, a un artículo posterior (“El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, Diario La Ley, núm. 8.182, 31 de octubre de 2013), en el que nos detuvimos en los procesos de arbitraje, un tanto singulares, en relación con las participaciones preferentes.

a'. El asesoramiento en materia de inversión

Cada preferentista que ha visto defraudadas sus expectativas y ha sufrido un quebranto económico que le ha obligado a litigar, generalmente con éxito pero con todos los desgastes que esto implica, ha estado inmerso, probablemente sin saberlo, en un juego global, sujeto a las reglas de la economía y de los mercados, complejas y difíciles de conocer, con contrapartes de mucha mayor magnitud y preparación para sobrevivir en este mundo selvático.

Los preferentistas no eran conscientes, en algunas ocasiones, de la perpetuidad de la inversión, pero tampoco de que la filial de la entidad bancaria emisora estaba radicada, por ejemplo, en Luxemburgo, y de que emitía los títulos con sujeción a la legislación de las Islas Caimán con el asesoramiento de bancos de inversión con sede en algún Estado de la costa atlántica de los Estados Unidos.

La posibilidad de la íntegra pérdida de la inversión, a pesar de algunas victorias iniciales en forma de abono de intereses era real. Seguramente, el bagaje de conocimiento financiero del usuario de estos servicios financieros o inversor le impedía captar

máximas básicas, axiomas de los mercados financieros, como que a mayor riesgo mayor es el beneficio, o que rentabilidades pasadas no garantizan rentabilidades futuras.

Esta creciente complejidad en la prestación de los servicios financieros, en el contexto del desarrollo sin límite de las nuevas tecnologías y del acceso a la información, necesariamente tenía que llegar. Esta mayor sofisticación no tiene por que ser perjudicial para el inversor, siempre que, como es evidente, sea conocedor de los peligros que asume.

Es una obviedad que estando las dos partes igualmente informadas y siendo conocedoras de las obligaciones y riesgos asumidos, nada habría que objetar a un favorable o desfavorable desarrollo económico para cada una de ellas derivado de la ejecución del contrato financiero. Pero el cliente, especialmente determinados clientes más vulnerables, y los últimos años nos han dejado numerosos ejemplos como hemos mostrado, no siempre conoce los riesgos de sus inversiones.

Benoît Cœuré (2014), miembro del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, ha señalado que, en general, el sistema financiero ha ido extendiendo gradualmente su alcance desde la actividad de intermediación hacia otra de “desintermediación”, como la negociación con valores, la cual, y es un evidencia acreditada, es más arriesgada.

Otro de los elementos a valorar ha sido la confusión generada, no siempre premeditadamente, en los clientes, que entraban en su oficina bancaria ignorando que su banco o caja de ahorros les podía ofrecer, o ellos demandar, productos financieros de naturaleza distinta a la bancaria.

En el clásico modelo de banca comercial, la base del negocio es la intermediación, es decir, la captación de depósitos a través de cuentas a la vista e imposiciones a plazo fijo y la concesión de crédito (préstamos personales, hipotecarios, pólizas de crédito, crédito en tarjeta), aliñado con otros servicios como, por ejemplo, los servicios de pago (tarjetas, transferencias, adeudos domiciliados). Paulatinamente, las oficinas bancarias se han convertido en instrumentos para la comercialización de servicios como los mencionados, pero también de inversión, de seguro o de previsión (planes de pensiones). Hasta hace pocos años el cliente entraba en la sucursal para salir como depositante o prestatario, pero ahora también puede adquirir la condición de inversor en instrumentos financieros, de tomador de un contrato de seguro o de partícipe en un plan

de pensiones, con una cobertura y una legitimidad legal innegables, aunque, es posible, sin tener claras las ideas acerca de con quién contrata y qué contrata, lo que es la base para que la prestación del consentimiento sea informada y suficiente.

Como dice Zunzunegui (2014) “la colocación indiscriminada de participaciones preferentes, estructurados y otros productos complejos de alto riesgo puede materializarse en pérdidas que hagan perder la confianza en el mercado. Son riesgos sistémicos que afectan al mercado financiero y a la economía”.

En 2004 se produjo un hito histórico con la publicación de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, más conocida como MiFID.

En su Considerando 2 ya se afirmó la vocación de protección del inversor, pues “en los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico comunitario, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor”. En MiFID, indudablemente, el marco jurídico es para el inversor, y no este para los mercados.

Su Considerando 3 comenzó a preparar el nuevo concepto del asesoramiento en materia de inversión: “debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización”.

A partir de entonces comenzó el esbozo de conceptos que ya no nos han abandonado, como, además del de asesoramiento, el de las categorías de los inversores (minoristas, profesionales y contrapartes elegibles), los famosos procesos de evaluación (“test”) de la conveniencia y de la idoneidad, los principios de “mejor ejecución” o “solo ejecución”, el de la máxima protección al inversor, etcétera.

Recientemente, MiFID y otras de sus normas de desarrollo se han derogado, lo que ha permitido ver la luz a MiFID II y a MiFIR [respectivamente, Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y Reglamento (UE) 600/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros],

ambos con entrada en vigor efectiva en 2017 (y un plazo de transposición para la Directiva que vence en julio de 2016).

En estos años de aplicación de MiFID, que se han solapado, con exactitud, con el comienzo de la crisis financiera y su desarrollo, se han suscitado numerosos debates acerca de cómo se debe procurar la protección del inversor. Lo hemos anticipado ya: si el usuario de servicios financieros fuera perfectamente conocedor del servicio que recibe, de sus ventajas e inconvenientes, de sus beneficios y riesgos, no habría que brindarle una mayor protección que la que le garantizara una igualdad de trato con su contraparte. Pero la atmósfera reinante es distinta y las posturas se han polarizado.

En este escenario, el recurso al asesoramiento financiero, entendido, según el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, como la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, irá adquiriendo, cada vez más, mayor peso en las relaciones entre las entidades y sus clientes.

De ser el cliente un experto en finanzas, la entidad financiera se limitaría a ejecutar su orden en los mercados, en los términos más exactos precisados por aquél, o podría detener las eventuales “maniobras”, que pueden ser legítimas (el “*dolus bonus*”), del oferente del servicio. Pero si el cliente no goza de este conocimiento ni de esta experiencia tan cualificada, especialmente cuando es la entidad la que toma la iniciativa en el “*íter contractual*”, el cliente debe recibir un asesoramiento lo más detallado posible para, entonces sí, poder tomar una decisión informada, con sus pros y sus contras, o abstenerse la entidad de tratar de venderle el producto.

b'. Las preferentes y el canje como solución

Fue a finales de 2008 cuando las entidades financieras emisoras —o sus filiales— de participaciones preferentes interrumpieron las amortizaciones de estos valores negociables de imprecisa naturaleza, a mitad de camino de la renta fija y la renta variable (de ahí la denominación de “instrumentos híbridos”) y la situación general del sistema financiero propició que algunas participaciones preferentes tuvieran un valor de mercado claramente por debajo del valor nominal.

En consonancia con la definición amplia del art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en las preferentes, más que ante “cláusulas abusivas”, en sentido riguroso, nos encontramos ante “prácticas abusivas” de ciertas entidades, sobre todo las que no fueron capaces de alzar el vuelo y hubieron de ser rescatadas con dinero público, que no tuvieron rubor, inicialmente, en convertir los ahorros de una parte sustancial de sus clientes, materializados en imposiciones a plazo fijo, en estos productos financieros complejos, ideados, más bien, para clientes de perfil más sofisticado.

Si atendemos a los datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el ejercicio en el que se tramitaron más expedientes de emisión de participaciones preferentes fue 2009, es decir, con posterioridad a la exteriorización de los primeros síntomas de agotamiento ligados con la solvencia de las entidades emisoras, y, según las fechas que hemos mostrado anteriormente, con la crisis plenamente instalada en nuestras sociedades.

Los suscriptores o adquirentes de numerosas emisiones quedaron atrapados en inversiones ilíquidas, lo que, en un producto perpetuo que iba perdiendo valor día a día, era, cuando, menos desasosegante.

La actividad desarrollada por las entidades financieras españolas se ha centrado, además de en la emisión y comercialización de sus propias preferentes, con el fin de reforzar sus recursos propios, en la intermediación entre emisores de preferentes (otras entidades financieras, incluso extranjeras, y hasta entidades de carácter no financiero) e inversores (la propia clientela), sin beneficiarse, directamente, en estos últimos casos, de las aportaciones de los inversores para reforzar sus recursos propios, lo que dificultó la resolución de las incidencias generadas¹⁶.

¹⁶ Este sería el caso de la STS, Pleno, de 18 de abril de 2013 (Id Cendoj: 28079119912013100012), en la que un particular, con la participación de una entidad financiera española, invirtió, en el marco de un contrato de gestión discrecional de cartera, en preferentes de Lehman Brothers.

El recurso de casación se basó en el incumplimiento de la normativa del mercado de valores aplicable por una defectuosa provisión de información, tanto en la adquisición de las preferentes como en el período anterior a la quiebra de Lehman Brothers, dada la incompatibilidad de este producto de inversión con el perfil de riesgo del inversor. La sentencia pone de manifiesto un

En términos generales, los mayores problemas, por la pérdida de la totalidad de la inversión o de gran parte de la misma, afectó a los suscriptores de preferentes de bancos quebrados, especialmente, extranjeros, como el norteamericano Lehman Brothers, que ya hemos citado, o el islandés Landsbanki.

Por otra parte, los clientes de las entidades españolas que fueron rescatadas en el marco del Memorando de Entendimiento de julio de 2012, suscrito por el Gobierno español con la Comisión Europea, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo (la llamada “troika”), y que se concretó, entre otras disposiciones, en el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que fue relevado, algo más adelante, por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito¹⁷, sufrieron las acciones de “gestión de híbridos”, es decir, quitas, con carácter previo a la recuperación parcial, en diversas formas, de su inversión.

El sacrificio de numerosos inversores —preferentistas pero también bonistas— para reducir el impacto de la reestructuración bancaria respondió a la pretensión de rebajar el daño al contribuyente, bajo la premisa de que lo que no percibieran aquellos no habría

hecho aparentemente incidental, pues el banco aconsejó la adquisición de las preferentes, lo cual constituye asesoramiento y quedaría más alejado del objeto típico del contrato de gestión discrecional de carteras, que, no obstante, “no puede considerarse que se haya producido extramuros del contrato. Es un aspecto complementario de la conducta propia de la empresa de gestión de cartera derivada del contrato al que son aplicables las exigencias derivadas de su normativa reguladora”.

¹⁷ A su vez, la Ley 9/2012 ha sido superada por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que sirve para transponer la Directiva 2014/59/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican diversas Directivas.

La Directiva responde a la necesidad de que la supervisión por el Banco Central Europeo se acompañe de la apertura de procesos de resolución específicos, que regirán a partir de 2016. Al Mecanismo Único de Supervisión se le añadirá, por tanto, el Mecanismo Único de Resolución y el Fondo Único de Resolución, dotado por la industria bancaria.

de ser suministrado por los ciudadanos, en general. Sin duda, esta argumentación, que se desprende del Memorando, se puede compartir o no.

Una cuestión de importancia vital para el inversor, no prevista expresamente ni en el Memorando ni en la Ley 9/2012, fue la de si el inversor afectado por las acciones de gestión de instrumentos híbridos de carácter obligatorio y vinculante podía ejercitar la acción de nulidad o anulabilidad del contrato de suscripción de las participaciones preferentes, lo que, en general, se ha admitido en la práctica con fundamento en la regulación del Código Civil, que, como último recurso, a pesar de su senectud, siempre se sigue mostrando como un instrumento útil en la defensa del usuario de servicios financieros.

c'. El arbitraje de preferentes

Con este artículo pretendimos mostrar que, realmente, el fin de protección al inversor en preferentes que confió en el arbitraje se podía ver superado o solapado por otro elemento más sutil pero no menos importante, como era el de poner en valor a las entidades adquiridas por el Estado, a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria¹⁸, para su posterior venta, reduciendo el impacto de las medidas tomadas en las cuentas públicas y, por tanto, en último término, en el ciudadano, como acabamos de referir.

Este arbitraje *sui generis* no es el arbitraje ordinario regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sino un arbitraje de consumo, reglamentado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, únicamente aplicable en las relaciones entre las entidades emisoras indicadas y los preferentistas consumidores (fundamentalmente, personas físicas,

¹⁸ El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria quedó regulado, en un primer momento, por el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, que sufrió diversas modificaciones. Posteriormente, se reguló por la Ley 9/2012, aunque, en la actualidad, su régimen se incorpora en la Ley 11/2015, ya citada.

Su creación obedeció a la insuficiencia del Fondo de Garantía de Depósitos (reglamentado, en la actualidad, por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que unifica los tres fondos preexistentes, para bancos, cajas y cooperativas) para atender las necesidades de recapitalización del sector.

usualmente calificadas como inversores minoristas según la legislación del mercado de valores).

De ser aceptada su solicitud dentro de los plazos prefijados, la suscripción por el preferentista del convenio de arbitraje implicaba que la última palabra correspondería al árbitro o tribunal arbitral competente, quienes emitían un laudo que todas las partes debían acatar, sin poder recabar la tutela judicial en defensa de sus derechos e intereses.

Sin embargo, concurrió una sobresaliente novedad, pues, previamente, una consultora, como “experto independiente” designado por las entidades, había de filtrar la solicitud, lo que podía introducir elementos distorsionadores y desfigurar la efectiva naturaleza del arbitraje.

El Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, creó la “Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada”, adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.

Entre las funciones de la Comisión figura la de determinar los criterios básicos que habrán de emplear las entidades participadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria al objeto de ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, con el fin de que éstos quedasen adecuadamente compensados del perjuicio económico soportado, en caso de laudo estimatorio.

A estos efectos, la Comisión recibió el mandato de especificar los criterios para designar al colectivo de clientes cuyas reclamaciones, en atención a la especial dificultad de sus circunstancias personales o familiares, debían recibir una tramitación prioritaria.

En la sesión de la Comisión de 17 de abril de 2013 se determinaron los criterios básicos de actuación y los arbitrajes prioritarios, que se comunicaron al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el cual les prestó publicidad.

b. Mercado hipotecario. Especial consideración a la cláusula suelo

Otra de las variadas líneas de investigación que hemos seguido ha venido relacionada con el mercado hipotecario español, en el marco más general del mercado crediticio, que ha entrado en verdadera ebullición, particularmente merced a las críticas vertidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la defectuosa protección brindada a los consumidores españoles, con el hito de la ya mencionada “sentencia Aziz”, en 2013.

Aunque la obra que aglutina todo nuestro esfuerzo, en esta senda, es “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, merecen ser, al menos, brevemente reseñados, otros trabajos de menor alcance que hemos desarrollado en los últimos años, que citamos no por el orden cronológico de publicación sino ordenados sistemáticamente.

a'. Mercado hipotecario

“Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos”
(Diario La Ley, núm. 7.204, 25 de junio de 2009)

En este artículo dimos cuenta de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, una norma de consumo que se solapa con otras de tipo sectorial-financiero, como ocurre, por ejemplo, con la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores, o las más recientes Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, o la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, generando una serie de inconsistencias no bien resueltas en la práctica, y a las que, por otra parte, no creemos se esté prestando la debida atención por la doctrina¹⁹.

¹⁹ El concepto del Real Decreto Legislativo 1/2007, parcialmente modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ya citado, puede venir modulado por otras normas de consumo estatales, e incluso ser otro en la normativa dictada por las comunidades autónomas en materia de consumo, dadas las competencias que han asumido.

Según la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, art. 2.1, se entenderá que es consumidor la “persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que

En el caso de que el consumidor concurra en la contratación del préstamo o crédito hipotecario con una entidad de crédito —que son, a la vista del art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, los bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito— o a la intermediación de préstamos con agentes de entidades de crédito, se aplicarán las normas bancarias.

están al margen de su actividad comercial o profesional”; conforme al art. 5 de la Ley sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores, se consideran como consumidores “las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”; y, por último, de acuerdo con el art. 2, definición 11, de la Ley de Servicios de Pago, es consumidor “una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Ley, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional”.

Como se observa, si se contraponen estos conceptos particulares con el concepto general del Real Decreto Legislativo 1/2007, las personas jurídicas no podrán ser consideradas, de antemano, consumidores cuando intervengan en el ámbito del crédito al consumo, la comercialización a distancia de los servicios financieros o la prestación de los servicios de pago. Acerca de las personas físicas, u otros entes sin personalidad jurídica, se habrá de comprobar si actúan con propósitos ajenos a una actividad económica, empresarial, comercial o profesional, lo que privaría de protección a autónomos y profesionales liberales, por ejemplo.

El Banco de España, a través de las últimas Memorias de su Servicio de Reclamaciones, está acuñando un nuevo concepto, aglutinador del carácter del cliente de servicios bancarios que además es consumidor: el consumidor financiero.

Por ejemplo, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2012 leemos que el Servicio no considera una buena práctica financiera continuar con la aplicación de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza, por cuanto supone “el mantenimiento de una situación que se traduce en un perjuicio económico al consumidor financiero, forzando a este a acudir a instancias administrativas o judiciales para corregir un desequilibrio contractual que ha sido censurado en la jurisprudencia menor y en la normativa de consumo”.

En cualquier caso, no creemos que la consideración al consumidor o usuario financiero por el supervisor aporte elemento alguno adicional que clarifique la dificultad de determinar el régimen aplicable a una concreta relación jurídica financiera o bancaria.

Con la Ley 2/2009 se trata de colmar la falta de regulación específica en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios por consumidores con personas físicas o jurídicas que no quedan englobadas bajo el concepto de entidad de crédito, pues en nuestro ordenamiento jurídico no hay una reserva en favor estas para conceder préstamos o créditos hipotecarios (reserva que sí existe para la captación de fondos reembolsables del público). Asimismo, se pretende regular la actividad de intermediación de préstamos y agrupación de deudas desplegadas por personas físicas o jurídicas que no son entidades de crédito (ni sus agentes).

Las entidades de crédito tradicionales han perdido, en cierto grado, la confianza de la clientela por algunos excesos cometidos, entre otros, en el ámbito de la concesión del crédito. La regulación posterior, como la Orden de Transparencia de 2011 (Orden EHA/2899/2011) o la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que se ha de transponer en 2016, ha procurado la efectiva observancia de los buenos estándares, el retorno al buen hacer de las entidades crediticias.

Como decíamos, esta pérdida de confianza, unida a un endurecimiento de los criterios para conceder crédito, en una etapa en la que ha primado la reducción de la deuda existente antes que la concesión de crédito nuevo, han provocado la proliferación de los llamados “prestamistas privados”, fenómeno que se pretende reconducir con la Ley 2/2009²⁰.

²⁰ Merece ser transcrito, por la luz que arroja, el último párrafo del preámbulo de la Ley 2/2009:

“Por tanto, con el objetivo fundamental de mejorar la protección de los consumidores y usuarios, esta Ley extiende a las empresas que ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario, distintas de las entidades de crédito, obligaciones hasta ahora exigibles en exclusiva a estas últimas, en particular en materia de transparencia de comisiones y tipos e información precontractual de los créditos y préstamos hipotecarios, y, además, se articula un régimen jurídico específico al que quedan sometidas las empresas que realicen operaciones de intermediación, con particular detalle para los supuestos de reunificación de créditos o préstamos”.

Aunque el supervisor bancario ha venido advirtiendo, en diversas ocasiones, de los riesgos inherentes a la concesión e intermediación de créditos por entidades no supervisadas²¹, la Ley 2/2009 reconoce que las empresas de financiación e intermediación pueden ser útiles, de acuerdo con criterios de transparencia y profesionalidad, permitiendo a los consumidores una búsqueda más eficiente de los créditos y préstamos ofrecidos en el mercado, así como un incremento de su poder de negociación frente a los prestamistas.

En suma, la Ley 2/2009 pretende extender a los consumidores que no contraten con entidades de crédito las normas a las que actualmente estas quedan sometidas, con las debidas adaptaciones, para incrementar la protección de aquellos y la transparencia de este sector (e indirectamente, un control administrativo de las empresas y de su actividad).

²¹ En la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2005 se recoge lo siguiente:

“Se continúan presentando reclamaciones contra entidades no sometidas a la supervisión del Banco de España, pero que realizan actividades relacionadas con la comercialización y distribución de productos financieros, tales como las entidades dedicadas a la consolidación de deudas, aquellas que actúan como intermediarias en la obtención de préstamos hipotecarios o personales concedidos por entidades financieras no operantes en España, o las sociedades prestamistas que ofrecen créditos, a un tipo de interés elevado, previa firma de un contrato civil. Este tipo de entidades no se encuentra bajo la supervisión del Banco de España y, por tanto, los problemas derivados de las relaciones entre estas y sus clientes no pueden ser resueltos por el Servicio.

Desde el Servicio de Reclamaciones se hace un llamamiento a todos los que contraten con estas sociedades, no sometidas a la vigilancia del Banco de España, para que se cercioren del tipo de entidad con la que están formalizando sus operaciones y del clausulado del contrato suscrito, a fin de que sean conocedores de los riesgos asumidos ante cualquier actuación irregular por parte de las mismas”.

“Las sociedades de tasación: un auxiliar financiero infravalorado”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, 11 de noviembre de 2013

Este trabajo parte de la premisa de que, en relación con la crisis financiera, se han buscado responsables, y se ha apuntado, principalmente, a los promotores y constructores inmobiliarios, a las entidades de crédito que les facilitaron financiación, drenando liquidez de otros sectores productivos, a las agencias de calificación crediticia²² o a las auditoras. Como resultado, el sistema financiero falló, como casi nadie pone en duda, en su esencial labor de intermediación entre los agentes económicos con superávit y los demandantes de liquidez, movilizando capital hacia la economía real.

Se ha discutido bastante poco, en cambio, acerca de las sociedades de tasación, a pesar de no haber superado el “test de discreción” y haber resultado fotografiadas tanto en la Ley 41/2007 como en la Ley 1/2013²³, aunque bajo el camuflaje, no necesariamente voluntario, de una maraña de referencias, relativas, en el primer caso, a la posible inscripción o transcripción de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios en el Registro de la Propiedad o a la hipoteca inversa, por ejemplo, y, en el segundo, a las cláusulas abusivas y a la revisión de la regulación procesal española para la homologación —tardía— con la normativa europea.

La importancia de las tasadoras en el proceso del análisis y la concesión del crédito hipotecario es trascendental. La Unión Europea, en el Libro Verde sobre “El crédito hipotecario en la UE” [COM(2005) 327 final], insistió en que “la tasación inmobiliaria resulta fundamental para la operación de crédito hipotecario y la forma en que se utiliza puede afectar directamente a la naturaleza, a la financiación y a las normas prudenciales aplicables al crédito. Los prestamistas, los consumidores y los inversores deben tener

²² Reguladas en el Reglamento (CE) 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia, objeto de varias revisiones desde su aprobación.

²³ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

plena confianza en las cualificaciones del tasador, en el proceso de tasación y en el valor resultante”.

El Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE—COM (2007) 807 final— incidió, en 2007, sobre esta materia, fijando como objetivo la “libre circulación de tasaciones”, así como el impulso a la “elaboración y utilización de criterios fiables de tasación”.

De Juan, Uría y De Barrón (2013) consideran que en el marco regulatorio español han constituido una grave laguna las normas vigentes para la tasación de bienes, que han permitido a las compañías de tasación atribuirles, legalmente, valores muy superiores a los reales, al basarse las tasaciones no solo en el valor actual de mercado, sino en sus expectativas de futuro, dejando amplio margen a la discrecionalidad. Como efecto, ante la existencia de tasaciones supervaloradas, las entidades concedían créditos no solo sin considerar la capacidad de repago del deudor, sino por cuantías muy superiores al valor de los bienes ofrecidos en garantía.

En este artículo nos referimos, en lo más sustancial, a las principales líneas de regulación de las sociedades de tasación y a las recientes reformas legales que buscan reforzar su independencia respecto a las entidades de crédito que, a veces, las participan e instan la emisión de informes de tasación.

Según el preámbulo de la Ley 41/2007, con su revisión de la Ley 2/1981 se pretendió incidir en “tres ámbitos de actuación respecto de las entidades de tasación, bajo el principio básico de mantener y reforzar la independencia de las mismas”.

Estas medidas afectaron al régimen sancionador y al de las participaciones significativas, pero el objetivo más ambicioso fue el de evitar conflictos de interés respecto de las entidades de crédito que conceden los préstamos hipotecarios, a través de dos mecanismos: la aprobación de un reglamento interno de conducta por la tasadora, y la constitución de una Comisión Técnica por parte de la entidad de crédito para verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia.

En 2007, ya lo hemos expresado, se pretendió dotar de más independencia a las tasadoras, aunque el éxito de las medidas citadas debió ser restringido, pues el preámbulo de la Ley 1/2013 reitera, cansinamente, que persigue, una vez más, reforzar “la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito”.

Pero la medida más relevante de la Ley 1/2013, en nuestra opinión, fue la que prohibió la adquisición o mantenimiento por parte de las entidades de crédito, y por todas aquellas personas físicas o jurídicas relacionadas con la comercialización, propiedad, explotación o financiación de bienes tasados por la misma, de una participación significativa en una sociedad de tasación (que es la que alcance, al menos, el 10 por ciento del capital o derechos de voto de la entidad). Los afectados dispusieron de un año, a contar desde mayo de 2013, para llevar a cabo las correspondientes adaptaciones accionariales.

Por tanto, en la actualidad, se ha desactivado otra potencial fuente de conflictos, como es la relación estrecha entre entidades crediticias y sociedades tasadoras²⁴.

²⁴ La STS, Sección 1ª, de 18 de julio de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100473), se centra en la responsabilidad de una sociedad de tasación, frente a una entidad financiera, por los perjuicios derivados de una sobretasación de varios inmuebles sobre los que se constituyeron hipotecas en garantía de sendos préstamos, resultando que el valor asignado en su momento a cada uno de los inmuebles en los trámites previos a la concesión de los préstamos fue muy superior al valor de mercado de los mismos inmuebles en aquella época.

Según el fallo de la sentencia de primera instancia, «las sobretasaciones se habían producido en el marco de una “supuesta trama” que dio lugar a que [la sociedad de tasación] excluyera de su cuadro de profesionales al técnico codemandado y la [entidad de crédito] despidiera al director y a otras personas de la oficina mediante la que concedía los préstamos [...]».

Es decir, la sentencia del Tribunal Supremo no contempla la problemática de las sobretasaciones por su carácter sistémico o extendido en el sector financiero, con potencial impacto en las relaciones de las entidades de crédito con los prestatarios, o en las de aquéllas con sus prestamistas en los mercados mayoristas. Concorre un elemento “perturbador”, como el de la trama penal, pero no deja de ser importante que, aunque sea de forma refleja o indirecta, se pase por las sobretasaciones, además de que se exteriorizan por nuestra Alto Tribunal algunas consideraciones significativas.

La entidad de crédito reclamó los daños y perjuicios sufridos, demandando a la tasadora, a la compañía de seguros de esta y al profesional que firmaba los certificados de tasación que la tasadora certificaba. Los daños y perjuicios para la entidad de crédito habían de considerarse efectivamente producidos a la vista del insuficiente resultado obtenido al final de las correspondientes ejecuciones hipotecarias.

Como juristas que somos, en mi caso bajo la cobertura del Plan de Estudios de 1953, ya extinguido, sabemos qué es el matrimonio rato y no consumado, pero se desconoce qué es un contrato de permuta de tipo de interés, lo cual ya, de por sí, nos debe conducir a la reflexión, pues con ese conocimiento básico, con una mínima cultura financiera, lo que parece complejo probablemente no lo sería tanto, y donde apareciera un defecto de información o atisbo de duda, o, en el peor de los casos, un intento de engaño, habría una adecuada respuesta o reacción indagatoria del usuario de servicios financieros²⁵.

Con esta reflexión, que estimamos conserva vigencia y, en general, tampoco se ha atendido en debida forma para proveerle respuesta, comienza este artículo en el que nos centramos en los *swaps* o permutas financieras de crédito, que persiguen, principalmente, la finalidad de proteger al contratante ante la subida del tipo de interés de otras operaciones de financiación —préstamos hipotecarios, por lo habitual— con la misma o con otra entidad financiera, en la que el contratante aparece como prestatario. La finalidad especulativa o meramente de inversión de los *swaps* no fue objeto de tratamiento específico en este artículo.

El mercado hipotecario español se define, entre otras circunstancias, por que el tipo de interés de los préstamos suele ser variable en la práctica totalidad de los casos, y, dentro de los posibles índices de referencia, el índice oficial Euríbor a un año desempeña un rol preponderante.

El Tribunal Supremo concluye que “la lectura íntegra de la sentencia recurrida no deja lugar a dudas sobre la razón causal de su fallo: el daño es imputable a [la sociedad tasadora] y al arquitecto codemandado pero a causarlo contribuyó también la propia parte demandante al no elegir ni controlar debidamente a sus empleados, por lo que debe determinarse la proporción en que aquellos deben responder”, para, salomónicamente, atribuir a los demandados el 50 por ciento de la valoración total del daño (712.228 euros en total) y la otra mitad a la entidad de crédito (inicialmente, los porcentajes eran, respectivamente, de un 25 por ciento y un 75 por ciento).

²⁵ Esto nos llevaría a la educación financiera, a los sujetos encargados de la elaboración de contenidos —y su alcance— y su divulgación. En especial, he tratado la materia en “Educación financiera impartida por las entidades financieras: ¿oportunismo o necesidad?”, *Extoikos*, núm. 17, 2015.

Desde mediados de 2005, aproximadamente, se produjo una subida del Euríbor a un año, desde una cota del 2 por ciento hasta alcanzar el máximo histórico, el 5,39 por ciento, en julio de 2008. A partir de ahí se inició un declinar que condujo a un mínimo histórico en septiembre de 2012: 0,74 por ciento (obviamente, tras la publicación de este artículo, el Euríbor a un año ha persistido en su declinar, que lo ha llevado, en octubre de 2015, al 0,13 por ciento, en un fenómeno generalizado y preocupante, especialmente si es duradero, como es el de los tipos de interés negativos).

Esta fuerte subida experimentada entre 2005 y 2008 fue el caldo de cultivo para que determinadas entidades bancarias comenzaran a ofrecer a su clientela los contratos de *swap*, que se ofrecían como “antídoto” ante la sostenida subida del citado índice de referencia, garantizando al cliente que, de continuar la escalada, no tendría que hacerse cargo del sobrecoste derivado de las periódicas revisiones del tipo de interés variable, pues la suma a pagar de más a través de las cuotas de amortización del préstamo, le serían “devueltas” vía *swap*, con un pretendido efecto financiero neutro. Así, se venía a convertir el tipo de interés variable en tipo fijo.

Pero, ¿y si descendía el Euríbor a un año? ¿Y si el cliente se deseaba desvincular del *swap* cancelándolo antes del vencimiento pactado? Del análisis de la jurisprudencia resulta que parte de la clientela no fue informada adecuadamente sobre el funcionamiento de este producto, ni de sus posibles resultados adversos —escenario de bajada del índice de referencia— ni del elevado coste de cancelación de los *swaps*.

Como decíamos, durante un lapso de tiempo (2005-2008), la generalidad de clientes con préstamo hipotecario referenciado al índice Euríbor a un año, se benefició de liquidaciones favorables procedentes de los *swaps*, situación que varió a partir de octubre de 2008, que es cuando comenzó, en un contexto económico deprimido, el hundimiento del Euríbor.

En las resoluciones de nuestros Tribunales se reiteran tres argumentos:

El primero, que los clientes consideraban que lo que formalizaban era un contrato de seguro, lo que, unido al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de información precontractual, sentaría las condiciones para la anulación del contrato y la restitución de las prestaciones por aplicación de la doctrina del error en el consentimiento y, en menor medida, por el dolo —civil— de la entidad bancaria.

El segundo, que las entidades no informaban adecuadamente a los clientes, pues estos no eran conscientes de que si el Euríbor, en lugar de subir, bajaba, las liquidaciones para los prestatarios serían negativas, es decir, tendrían que ser ellos quienes abonaran determinados importes al banco. Igualmente, que las entidades silenciaban la posibilidad de la cancelación anticipada del *swap* antes de su vencimiento, así como los elevados costes de cancelación para el cliente.

Y el tercero, a nuestro juicio, como afirmación general, discutiblemente, que los bancos ofrecían los contratos de *swap* a pesar de conocer el inminente giro de la situación económica, lo que, en última instancia, les beneficiaría económicamente.

Años antes, en 2003, tras otra significativa caída del Euríbor a un año que animó a las entidades bancarias a ofrecer crédito barato, y a sus clientes a aceptarlo, en un entorno de extendida euforia tras la reciente puesta en circulación del euro, el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, posteriormente tramitado como Ley 36/2003, de 11 de noviembre, estableció en su art. 19 diversas medidas en relación con la oferta de préstamos hipotecarios a tipo variable y la cobertura del riesgo para el prestatario por la posible subida del tipo de interés.

Siguiendo al Banco de España, con esta base normativa, cabe presumir que entidades que aun no lo hacían comenzaron a informar de estos productos a su clientela bancaria titular de endeudamiento financiero, hipotecario o no, y, en algunos casos, aplicaron criterios similares a todo tipo de productos de financiación. Sin embargo, no fue hasta los años 2007 y 2008 cuando se produjo una comercialización significativa de *swaps*, coincidiendo con la evolución alcista de los tipos de interés durante ese período. El punto álgido del volumen de reclamaciones se alcanzó en 2010, según el Banco de España.

De este modo, tanto por la vía de la realidad económica como por la de la jurídica, se propició el ambiente perfecto para el comienzo de la comercialización de los *swaps*, posiblemente sin haber medido y meditado en exceso sus posibles consecuencias, especialmente las derivadas de un eventual deficiente suministro de información a la clientela, o una mala implementación técnica de lo pretendido, que no permitiera alcanzar una idea tan sencilla como razonable: convertir el tipo de interés variable en tipo de interés fijo.

Un problema añadido en la protección de los contratantes de *swaps* asociados a préstamos hipotecarios fue el de qué régimen de información precontractual les era aplicable, el de la regulación bancaria o el de la del mercado de valores, siendo este último más vigoroso, al responder a los estándares MiFID (Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros).

El Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores emitieron una singular comunicación conjunta, de 20 de abril de 2010, sobre “Delimitación de competencias de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura”.

Según la comunicación, «aunque la supervisión de estos instrumentos financieros corresponde en principio a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin embargo, en la medida en que exista una vinculación entre producto bancario e instrumento financiero de cobertura, el Banco de España, por la vía de la accesoriedad, resultará competente respecto de un servicio de inversión que aparece ofertado como “parte de ellos”».

Tras la publicación de nuestro artículo, la controversia continuó su curso y ha resultado, finalmente, resuelta. Así, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) se dirigió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que se ofreciera una detallada explicación de cómo se está asegurando la aplicación de la MiFID en la comercialización de *swaps*, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11). La ESMA requirió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, asimismo, para que rectificara la nota conjunta de 20 de abril de 2010, bajo el criterio de que a los *swaps* comercializados como productos de cobertura no se les aplica la MiFID (Zunzunegui, 2013).

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 15 de julio de 2013 (Roj: SAN 3163/2013), se pronunció, igualmente, sobre la regulación del art. 24 de la Orden EHA/2899/2011 (“Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés”), considerando que no se puede considerar una de las excepciones, previstas en la propia regulación MiFID, que permiten la no aplicación de esta.

Por tanto, la disposición final quinta de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, modifica el primer párrafo del artículo decimonoveno, apartado segundo, de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, que ahora tiene el siguiente tenor: “Las entidades a que se refiere el apartado anterior [las entidades de crédito] ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”.

Es decir, se hace prevalecer la regulación del mercado de valores sobre la bancaria.

“La dación de viviendas en pago de deudas”, Extoikos, núm. 7, julio 2012

Este artículo parte de la constatación de un incremento de la oferta de crédito que ha conducido al sobreendeudamiento.

No cabe duda de que el crédito ha permitido a los ciudadanos europeos mejorar su calidad de vida y acceder a bienes y servicios esenciales a los que no hubieran tenido acceso de otra forma, o a los que no hubieran podido acceder sino mucho tiempo después, como, por ejemplo, la vivienda (Comité Económico y Social Europeo, 2008).

El endeudamiento excesivo o sobreendeudamiento hace referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles (Comité Económico y Social Europeo, 2008).

En los primeros meses de 2011, con la mecha de la crisis financiera ya prendida, se inició un debate jurídico y económico sobre la viabilidad de la dación en pago para liberar a los deudores de sus obligaciones mediante la entrega de la vivienda a la entidad de crédito, lo que, en cierto modo, encontró acogida en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

En paralelo, la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo) reguló el denominado “préstamo responsable”, que requiere de una evaluación previa de la solvencia del deudor, tomando en consideración la normativa dirigida a entidades de crédito sobre gestión de riesgos y control interno, y que se facilite a los solicitantes de

financiación información precontractual para que puedan comparar las diversas ofertas existentes en el mercado hipotecario.

Las características del “préstamo responsable” se han concretado en la nueva orden ministerial de transparencia (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), que derogó la anterior orden de transparencia, de 1989, y la relativa a la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de 1994.

La dación en pago carece de regulación específica en nuestro Derecho, al margen de diversas menciones aisladas, como son las del art. 1.849 del Código Civil, o, en fecha más reciente, la del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

En síntesis, la dación en pago consiste en que, por mutuo acuerdo de acreedor y deudor, el deudor realice una prestación distinta de la inicialmente pactada para extinguir la obligación.

La originaria obligación del deudor de devolver el importe prestado para la adquisición de la vivienda, con sus intereses, se verá sustituida por la entrega al acreedor de la propiedad de la vivienda, que además estará en la mayor parte de los casos hipotecada a favor de este.

De concurrir el acuerdo de voluntades de acreedor y deudor y llevarse el mismo a afecto, la obligación del deudor quedaría extinguida, y aquel adquiriría, como contrapartida, la propiedad de la vivienda financiada, sin tener nada que reclamar del deudor. La hipoteca quedaría extinguida automáticamente.

El intercambio será equitativo cuando el valor de la deuda y el de la vivienda sean coincidentes, beneficiará al deudor cuando el valor de la deuda sea superior al de la vivienda, y favorecerá al acreedor cuando el valor de la vivienda sea superior al de la deuda.

Sin embargo, en un mercado inmobiliario con exceso de oferta y defecto de demanda, el valor de un concreto inmueble tenderá a bajar (o será nulo, de no haber demanda en absoluto), por lo que, en dicho contexto, lo más coherente para el acreedor será rechazar la propuesta de dación en pago que le pueda dirigir un deudor en apuros.

Esta eventual respuesta del acreedor garantizado con hipoteca contraria a la aceptación de la dación en pago, se ve reforzada por algunas reglas fundamentales que rigen el centenario sistema de responsabilidad del deudor en nuestro Derecho.

El art. 1.911 del Código Civil establece que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”, es decir, en el supuesto de que tras el seguimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria correspondiente el bien dado en garantía fuera insuficiente para resarcir al acreedor de lo que se le debe, por el importe no recuperado podría el acreedor solicitar el embargo de otros bienes del deudor. Es más, el embargo de otros bienes del deudor sería posible incluso si el acreedor hubiera resultado adjudicatario del inmueble hipotecado, ante la ausencia de postores en la subasta.

Por otra parte, se viene promoviendo desde hace algunos meses la modificación de nuestro ordenamiento jurídico, de modo que la responsabilidad del deudor por la deuda hipotecaria quede limitada en todo caso al inmueble hipotecado.

Realmente, esta propuesta no es novedosa. La Ley Hipotecaria determina en su art. 105 que la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, con la excepción de que voluntariamente se pacte en la escritura de constitución de la hipoteca por acreedor y deudor que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, en cuyo caso, la responsabilidad del deudor por virtud del préstamo hipotecario quedará limitada al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor (art. 140 de la Ley Hipotecaria).

Si, eventualmente, prosperase la tesis de limitar de forma obligatoria, no voluntaria tal y como permite la legislación en la actualidad, la responsabilidad del deudor a los bienes hipotecados, la medida podría afectar a los préstamos hipotecarios ya constituidos —eficacia retroactiva— o desplegar eficacia únicamente sobre los que se constituyan tras su entrada en vigor.

Adicionalmente, se viene postulando que de quedar restringida, sistemáticamente, la responsabilidad del deudor al bien dado en garantía, y, por tanto, la cobertura para el acreedor, las condiciones de los nuevos créditos serían más gravosas (mayores tipos de interés, menores importes financiados y plazos de amortización). Indirectamente, esta

alternativa podría servir para evitar endeudamiento excesivos y nuevas burbujas de crédito e inmobiliarias.

Una situación intermedia es la que se ha buscado por el Real Decreto-ley 6/2012, que contempla dación en pago con eficacia retroactiva (aplicable a préstamos vigentes a 11 de marzo de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley) pero con un alcance muy atenuado, pues los deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual deberán encontrarse en el “umbral de exclusión”, siempre que la entidad acreedora se haya adherido al “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual” y hayan fracasado las medidas de reestructuración de deuda y quita previstas en el Código. Solo en determinadas hipótesis, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o al tercero que designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

“Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas”, Diario La Ley, núm. 8.063, 16 de abril de 2013

En este trabajo analizamos el contexto social, financiero y económico actual vigente en 2013, que habría de ser revisado para poner en funcionamiento un nuevo marco jurídico hipotecario. Expusimos que las circunstancias exigían, sobradamente, la adopción de medidas, pero se habrían de extremar las cautelas en su diseño y ejecución, pues la alteración de un entramado de relaciones tan complejo puede provocar resultados no deseados: “La salida a algunos de los problemas más gravosos, fracasados los intentos de solución que podríamos calificar como ortodoxos, obliga, con toda la razón, a adoptar enfoques heterodoxos, aunque en este tránsito de lo conocido a lo desconocido, antes de dar un paso, se deben sopesar cuidadosamente todas las alternativas que se presentan, con sus correspondientes efectos, tanto los deseados como los no deseados”.

Ya entonces formulamos una serie de conclusiones, que enlazan con las del artículo inmediatamente anterior sobre la dación en pago, de las que recuperamos tres de ellas, que consideramos que siguen siendo válidas:

Primero, que debiendo dispensarse la mayor y más intensa y efectiva protección al colectivo de particulares que se ven privados de su vivienda habitual, en la reforma del sistema hipotecario debe valorarse hasta qué punto el origen de los males radica en el

propio marco jurídico hipotecario, que ha venido funcionando relativamente bien durante los últimos 100 años, posibilitando el acceso a la vivienda de varias generaciones, y un aceptable nivel de desarrollo material y económico para la colectividad.

Segundo, que desde un punto de vista más económico, la limitación de responsabilidad puede implicar, dado el mayor nivel de riesgo para las entidades prestamistas, un empeoramiento de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (menor importe financiado, mayor tipo de interés, menor plazo de amortización).

Y tercero, que se debería ponderar el impacto de las medidas en la financiación mayorista de las entidades de crédito, pues un empeoramiento de las garantías ya concedidas (las hipotecas de los préstamos que, a su vez, se conceden a los particulares), conllevaría un endurecimiento de las condiciones de acceso a esta financiación y un mayor coste, que, en último término, es posible que fuera repercutido en los propios clientes de las entidades bancarias.

b'. La cláusula suelo

Con todo este bagaje llegamos a la obra colectiva “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, en sus dos ediciones, que he dirigido y de la que he escrito, como coautor, una parte sustancial.

No vamos a dar cuenta ahora de la obra en toda su extensión, especialmente de los capítulos de nuestra autoría, sino a mostrar los aspectos doctrinales y jurisprudenciales de mayor enjundia, a la luz de análisis realizado.

Como hemos mostrado, fenómenos controvertidos como el de la contratación de participaciones preferentes, bonos o permutas de tipo de interés, o la problemática ligada con los deudores y el sistema español de ejecuciones hipotecarias, no han sido ajenos a nuestro análisis.

Quizás, junto a los anteriores, relacionado con la cuestión crediticia e inmobiliaria, aparezca el debate sobre la cláusula suelo, no resuelto todavía, a expensas del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, previsiblemente, se producirá a lo largo de 2016, y que confirmará, o derribará, la argumentación del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 9 de mayo de 2013, particularmente en

cuanto a los efectos restitutivos limitados asociados a la declaración de nulidad, y la pretendida salvaguarda del orden público económico.

La cláusula suelo impide al deudor beneficiarse plenamente de la bajada del índice de referencia que sirve para formar el tipo de interés en los préstamos hipotecarios a tipo variable. Este índice de referencia es, por lo habitual, el Euríbor a doce meses, cuyo derrumbe, que lo ha llevado del 5,4 por ciento a casi el cero por ciento, ha sido el origen del conflicto. Curiosamente, los clientes que plantean demandas en relación con sus préstamos hipotecarios y la cláusula suelo acostumbran a ser los mejores clientes, los que están al día en el pago de sus obligaciones.

La singular sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se ha ganado un lugar en nuestra historia judicial y en la de la litigación bancaria, por lo que será recordada durante décadas, generalmente con amargura, tanto por las entidades de crédito como por su clientela. Por las primeras, por entender, en general, que actuaban “dentro de la norma” y por no haber podido neutralizar algunos comportamientos ajenos oportunistas, y, por los segundos, por sentirse, en muchos casos, defraudados en sus expectativas y traicionados por su banco o caja de ahorros de siempre. A partir de ahí, sería imposible enumerar todas las “pequeñas historias”, incluso las odiseas personales, que se han ido sucediendo.

Los particulares, en términos generales, merecen una protección lo más efectiva posible ante cualquier tipo de abuso, y ante la inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos con las entidades financieras.

Ahora bien, el sistema financiero también merece una salvaguarda, por los efectos beneficiosos que reporta al colectivo. Como ha afirmado el Gobernador del Banco de España, es fundamental que la legislación preserve la cultura de pago que tradicionalmente ha existido en el mercado hipotecario español, pues el deterioro de esta cultura sería muy negativo para la estabilidad del sistema financiero. Para ello, las “modificaciones en la legislación deben encontrar un adecuado equilibrio entre los derechos de los acreedores y los de los deudores, especialmente de aquellos en situación de exclusión social” (Banco de España, 2015).

En sentido similar, para el Tribunal Constitucional se debe encontrar “un equilibrio entre la protección de los deudores hipotecarios y su derecho a la vivienda y el

adecuado funcionamiento del sistema financiero, concretamente el del mercado hipotecario” (ATC 129/2014, de 5 de mayo de 2014 —recurso de amparo 6698-2013— en relación con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que cuenta con un voto particular firmado por dos magistrados).

Una sentencia tan extensa, compleja e innovadora como la de 9 de mayo de 2013 necesariamente iba a provocar disputas interpretativas, pero lo que no se podía sospechar es que generaría posturas tan divergentes y enconadas en el seno de nuestro poder judicial, incluso en la propia Sala Primera del Alto Tribunal. La sentencia del Supremo de 25 de marzo de 2015, ofrece claros ejemplos. Así, en el voto particular se acusa a la Sala de dogmática y de haber dictado “una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello”.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la cláusula suelo se integra, en lo principal, por las sentencias de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 24 y 25 de marzo, y de 29 de abril, estas tres últimas de 2015, cuyos argumentos más relevantes pasamos a mostrar a continuación²⁶. Sin duda, la más densa y compleja es la de mayo de 2013, de la que beben las otras cuatro.

Ciertamente, en materia de cláusula suelo, e hipotecaria, en general, ha sido apreciable una contradicción, casi una rebelión, de los tribunales inferiores, tanto frente a la posición del más alto tribunal, el Tribunal Supremo, como ante la legislación hipotecaria y procesal española (la nueva y la vieja²⁷). Estas objeciones pueden haber

²⁶ STS, Pleno, de 9 de mayo de 2013 (Id Cendoj: 28079119912013100009); STS, Pleno, de 8 de septiembre de 2014 (Id Cendoj: 28079119912014100017); STS, Pleno, de 24 de marzo de 2015 (Id. Cendoj: 28079119912015100014); STS, Pleno, de 25 de marzo de 2015 (Id. Cendoj: 28079119912015100015); STS, Sección 1ª, de 29 de abril de 2015 (Id. Cendoj: 28079110012015100275).

²⁷ En respuesta a la “sentencia Aziz”, de 14 de marzo de 2013, por medio de la Ley 1/2013 se revisó el sistema español de ejecuciones hipotecarias para su adaptación a la regulación europea de protección de consumidores.

De este modo, en los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor de la esta Ley (15 de mayo de 2013), la oposición del ejecutado basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual, formulada en un plazo ordinario de diez días a partir de la fecha de notificación del

encontrado su punto de apogeo en la litigación relacionada con la cláusula suelo y otras estipulaciones de las escrituras de préstamo hipotecario (vencimiento anticipado, intereses de demora...).

En nuestra doctrina, Gómez Pomar y Lyczkowska (2014) se han percatado de que, en los últimos años, los tribunales españoles, especialmente los de primera instancia, han sido muy activos en el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, particularmente respecto a la normativa protectora de consumidores, por la posible incompatibilidad de la regulación española con la europea a propósito de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Las dudas han sido despertadas tanto por nuestro tradicional marco hipotecario y procesal como por normas que se han promulgado en los años de crisis. Para estos autores, el recurso a Europa, tanto a la legislación (a la Directiva 93/13, fundamentalmente) como a la autoridad

auto en el que se despache la ejecución hipotecaria, permite que se suspenda el procedimiento de ejecución hasta que se resuelva la oposición.

Una disposición transitoria de la Ley 1/2013 dirige su atención a los procedimientos de ejecución que se encontraban en curso cuando entró en vigor la Ley, es decir, los procedimientos en los que el plazo de oposición de diez días ya había empezado a correr o ya había expirado.

En esos casos, para formular oposición a la ejecución forzosa, los interesados disponían de un plazo de un mes que comenzaba a correr a partir del día siguiente al de la publicación de la Ley en el BOE (esto es, el 16 de mayo).

El Tribunal de Justicia, en la sentencia, ya citada, de 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14) declara que disposición transitoria española se opone a la normativa de la UE:

- La duración del plazo de un mes se puede considerar, en general, suficiente.
- Sin embargo, el mecanismo establecido por el legislador para iniciar el cómputo del plazo (la publicación de la Ley en el BOE) es contrario al principio de efectividad, pues lo pertinente hubiera sido una notificación individual a cada consumidor afectado.

Se concluye por el Tribunal, en consecuencia, que existe un elevado riesgo de que el plazo expire sin que los consumidores afectados puedan hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que, en realidad, ignoran o no perciben la amplitud exacta de esos derechos.

judicial (al Tribunal de Justicia) se percibe como una vía, quizá la única segura, para obtener soluciones en un escenario de urgencia social, al menos, a corto plazo.

Quién sabe, añadimos, si ha podido ser esta una de causas de que se plantee el reforzamiento normativo de la eficacia vinculante de la doctrina jurisprudencial, en un movimiento un tanto insólito de un Legislativo dispuesto a ceder parcelas de su legítimo monopolio de poder, aunque, realmente, lo que cabría plantearse es el adecuado encaje del ordenamiento jurídico-privado europeo con el de cada uno de los Estados miembros.

Esto mismo ha ocurrido en el ámbito de la Unión Económica y Monetaria, y la solución ha sido, como no puede ser de otro modo, más Europa y un mayor protagonismo de sus instituciones²⁸.

Sintética y sistemáticamente, los aspectos más destacados de las cinco sentencias del Supremo que, primordialmente, se centran en la cláusula suelo, son los que siguen:

STS de 9 de mayo de 2013

- Control de las cláusulas abusivas

El sistema de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se basa en que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como en la información que maneja cada una de las partes (asimetría informativa), lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.

Se expone que las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores, por lo que la posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela como una herramienta imprescindible, no necesitando que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido: el juez nacional, incluido el Tribunal Supremo, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

²⁸ En este sentido, véase el informe “Realizar la Unión Económica y Monetaria europea” (2015), más conocido como el “Informe de los Cinco Presidentes”.

Como límite, no procederá imponer la nulidad de una cláusula abusiva en contra de la voluntad del consumidor.

Esta argumentación es extensible a los pleitos en los que se ejercita una acción en defensa de intereses colectivos de consumidores, valorando, en especial, la catalogación de los servicios bancarios como de uso común, y que la tutela de los consumidores en este pleito no solo se ha instado por una asociación de consumidores sino también por el Ministerio Fiscal, al que se atribuye la defensa de los intereses generales (art. 124 de la Constitución).

Por tanto, “en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas”.

- Condiciones generales relativas al objeto principal del contrato

La sentencia recurrida rechazó que la cláusula suelo debiera considerarse una condición general, por versar sobre elementos esenciales del contrato, por ser necesariamente conocida por el consumidor y aceptada libre y voluntariamente.

El Tribunal Supremo analiza los caracteres de las condiciones generales, conforme a la Ley 7/1998 y la exégesis doctrinal: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, siendo irrelevante la autoría material y que el adherente sea consumidor o no.

Se dedican algunos pasajes al tránsito de las reglas y formas de contratación liberales a las que son propias de una sociedad en la que el tráfico de bienes y servicios se ha masificado. La regulación de las condiciones generales de la contratación busca, en la medida de lo posible, la igualdad de posiciones entre las grandes empresas y los particulares que contratan con ellas, aceptando o rechazando lo ofrecido, con nulo o escaso margen de negociación. Dicho lo anterior, el Tribunal Supremo comienza a separar su criterio del de la sentencia recurrida al afirmar que de las reglas de la Ley 7/1998 «no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del “objeto

principal”, por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida», y que “cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él [al objeto principal del contrato] y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario”.

Del mismo modo, el conocimiento de una cláusula —sea condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento, y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes.

No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial, en el caso que nos ocupa la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 o, en la actualidad, la Orden EHA/2899/2011.

- Imposición de las condiciones generales

En este punto, la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida rechaza que la cláusula suelo haya sido impuesta por las entidades de crédito, pues cabe una negociación efectiva en la práctica, y, especialmente, porque estas entidades siguen el íter negocial de la contratación diseñado en la normativa de transparencia bancaria.

El Tribunal Supremo hace suya la argumentación del Ministerio Fiscal, para el que hay imposición cuando “nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo”, no debiendo identificarse esta imposición, continúa el Tribunal, con la obligación de contratar.

Tampoco habrá negociación, según el Tribunal Supremo, cuando un mismo empresario ofrezca varias ofertas con condiciones generales, o cuando se pueda escoger, al menos en teoría, entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

La Sala Primera afirma que en la contratación bancaria con consumidores «la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un “cliente cautivo” por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con “sus” bancos que minoran su capacidad real de elección».

Con relación a los hechos que no necesitan ser probados, el Tribunal Supremo concluye que “es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio

o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados” y que, entre ellos, “se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los [mercados] más estandarizados”, luego “la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”.

- Condiciones generales en sectores regulados

En este apartado de la sentencia el Tribunal Supremo se centra en las normas bancarias que específicamente regulan o se refieren puntualmente a la cláusula suelo, esto es, a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en particular.

Se cita una sentencia anterior (STS 75/2011, de 2 de marzo) que declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/1998 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

Es más, la propia Orden dispone en su art. 2.2 que su contenido se ha de entender sin perjuicio de lo que disponga la normativa de consumidores u otras leyes que resulten de aplicación, por lo que, como afirma la sentencia recurrida, “la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta Litis”.

- Control de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato

La sentencia recurrida afirmó que al ser la cláusula suelo el precio mismo del contrato, configura el precio del producto. De aquí cabía deducir que no podían ser consideradas condiciones generales de la contratación, lo que hacía innecesario examinar los límites al posible control de abusividad.

El eje de esta discusión gira en torno al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra,

siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, sin que se defina qué es una cláusula que “describa el objeto principal”.

Para el Tribunal Supremo la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto principal del contrato, lo que no elimina la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, aunque, como regla, no cabe el control de su equilibrio.

Sin embargo, “que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia”.

- Control de inclusión de las condiciones generales

En línea con la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo coincide en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos de la Ley 7/1998 (arts. 5.5 y 7) para la incorporación de la cláusula suelo.

- Control de la transparencia de las condiciones generales incorporadas a contratos con consumidores

Llegamos al punto decisivo de la sentencia, pues, además de la incorporación, habrá que comprobar si, por ser contratos con consumidores, se supera el control de transparencia, que «cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

Las cláusulas suelo “no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”.

- Insuficiencia de información en las cláusulas suelo

Uno de los argumentos decisivos del Tribunal Supremo es que las cláusulas suelo, de forma razonable para el empresario, pero engañosa y sorprendente para el consumidor, pueden convertir el préstamo a tipo de interés variable “en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician [los consumidores] de las bajadas del tipo de referencia”, y de ahí la necesidad de asegurarse de que el cliente comprende realmente el contrato (“control de comprensibilidad real”).

De esta forma, que la cláusula suelo venga acompañada de la cláusula techo puede servir de “señuelo”.

Las cláusulas suelo analizadas, por tanto, no son transparentes.

- Carácter abusivo de las cláusulas

Corresponde ahora analizar si la cláusula suelo es abusiva, atendiendo al art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo.

El contrato de préstamo es un contrato real y unilateral, en el que solo surgen obligaciones, las de restitución, para el prestatario. Esto no es obstáculo para que el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta estos caracteres, establezca que no impide el control del carácter abusivo de las cláusulas “el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación”. Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo “están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo”.

- Buena fe y equilibrio en las cláusulas no negociadas

En concreto, según el fallo de la STS de 9 de mayo de 2013, se declara la nulidad de las concretas cláusulas analizadas por lo siguiente:

- La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.
- La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En sentido contrario, se confirma la validez general y licitud de la cláusula suelo siempre que la contratación sea transparente y se permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El consumidor debe conocer que, de activarse la cláusula, lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo. La cláusula suelo será lícita aunque no exista una cláusula techo que le sirva de contrapartida.

El desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos es evidente, ya que al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, se convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja en tipo fijo variable exclusivamente al alza, en detrimento del consumidor.

- Nulidad parcial del contrato, eficacia no retroactiva de la sentencia y efectos frente a terceros

El art. 83.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007 preceptúa que el juez que declare la nulidad de las cláusulas abusivas integrará el contrato (en la redacción, como es obvio, anterior a la Ley 3/2014).

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato. La sentencia ratifica que la nulidad de la cláusula suelo no comporta la nulidad de los contratos de préstamo hipotecario, que subsistirán sin la cláusula.

La retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, así que se declara su irretroactividad, no afectando la nulidad de la cláusula a las situaciones decididas en firme por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

La demandante y recurrente no instó la eficacia ultra partes, lo que unido al casuismo que afecta a la suficiencia de la información, limita los efectos de la sentencia a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas.

STS de 8 de septiembre de 2014

La Sala no pudo examinar los efectos derivados de la declaración de abusividad, ya que tal cuestión fue rechazada en primera instancia y no fue recurrida en apelación por la parte perjudicada. En la acción colectiva resuelta en mayo de 2013 tampoco se planteó la cuestión de la retroactividad pero la Sala se adentró en esta delicada cuestión, con el apoyo del Ministerio Fiscal, y fijó su postura para las acciones de esta naturaleza. Aun así, de esta sentencia de septiembre de 2014 hay que destacar que sirvió para que la contratación seriada siguiera adquiriendo color, y su voto particular discrepante.

Para la STS de 8 de septiembre de 2014, la contratación bajo condiciones generales constituye una forma de contratar distinta de la prevista en el Código Civil, que no descansa tanto en el consentimiento del adherente “como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada”, calificación que desde la STS, Sección 1ª, de 18 de junio de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100507), ha sido una constante. El argumento se cierra con la necesidad de la comprensibilidad real, que no formal, por parte del

consumidor de la carga jurídica y económica del contrato, criterio inserto en la STS de 9 de mayo de 2013 y en la STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/2013). Este deber, que, como se ha visto, pesa sobre el predisponente, «ni excluye ni suple la mera “transparencia formal o documental” sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada», es decir, está por encima de la normativa sectorial de transparencia bancaria.

La sentencia de septiembre de 2014 contiene un voto particular, que especifica que los deberes que pesan sobre el predisponente para que el consumidor conozca la realidad jurídica y económica del contrato se pueden ver completados por circunstancias que le son externas y están fuera de su control: “Es lógico que para ello influya no sólo la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual”. El magistrado firmante cree que la redacción de la cláusula de los contratos analizados es clara y comprensible, y que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica. La fijación de un tipo mínimo en un contrato a tipo de interés variable no es algo extraño o sorpresivo. Todos estos indicios solidifican poniéndolos en relación con la etapa de “burbuja inmobiliaria”: “es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas”. En conclusión, “las cláusulas suelo correspondientes a los dos contratos de préstamo hipotecario reseñados (formalizados en 2007 y 2008), aplicando la doctrina de la Sala sobre el control de transparencia, no debían ser declaradas abusivas”.

STS de 24 de marzo de 2015

La STS de 24 de marzo ha pasado mucho más desapercibida, eclipsada por la potencia del fuego cruzado dentro de la Sala, y entre la Sala y el resto de la jurisdicción, acerca de la eficacia retroactiva o efecto devolutivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Lo más valioso acaso sea el intento de sistematizar los pronunciamientos del Supremo: “esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del

contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución”.

Aunque la sentencia clave es la de 18 de junio de 2012, esta línea de jurisprudencia comenzó en 2009.

Sobre la cláusula suelo, expresamente se citan por la STS de 24 de marzo de 2015, como no podía ser de otro modo, las de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014. La Sala también se detiene en el anclaje regulatorio y jurisprudencial del control de transparencia, para lo que recurre a las referencias españolas, pero, sobre todo, a las europeas. De la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se traen a colación dos sentencias, la de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), sobre un préstamo multidivisa, y la de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13), confirmatoria de la anterior.

La primera de las citadas expresa lo siguiente sobre la comprensibilidad jurídica y económica de lo pactado: “el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

La regulación de transparencia bancaria, al igual que la sustantiva, prevén desde hace años la intervención notarial tanto en la etapa anterior a la formalización del contrato de préstamo hipotecario como en la formalización misma. El Supremo, en su sentencia de 24 de marzo de 2015, lanza un dardo al regulador, advirtiendo de que la intervención notarial, tal y como está diseñada, es tardía, pues el consumidor difícilmente dará marcha atrás en la etapa final del proceso cuando la información facilitada por la entidad crediticia haya sido inadecuada: “la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la

escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada”.

Por último, se rechaza que el control de transparencia no se pueda llevar a cabo en el ejercicio de acciones colectivas: “el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)”.

STS de 25 de marzo de 2015

Fue, por fin, con la sentencia de 25 de marzo de 2015 cuando el Tribunal Supremo pudo resolver el supuesto de una acción individual, en la que se solicitaba no solo la retirada de la cláusula suelo, sino también la devolución de las cantidades cobradas en exceso.

La sentencia de 25 de marzo de 2015 tiende claramente un puente hacia la de 9 de mayo de 2013. Realmente, los argumentos nuevos son escasos, pues hay una práctica remisión en bloque a la doctrina de mayo de 2013 y una traslación a las acciones individuales de lo dicho respecto de las colectivas. La Sala no revisa su doctrina, sino que “despeja dudas y clarifica su sentido”.

El Tribunal Supremo declara la intrascendencia de la distinción entre acciones colectivas e individuales a efectos restitutorios. Precisa que “el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia [de mayo de 2013] para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato”.

Uno de los razonamientos rectores de la sentencia de 9 de mayo de 2013 fue el de que la restitución masiva de las cantidades cobradas de más por las entidades a sus clientes

podría originar un “trastorno grave del orden público económico”. En la sentencia de 25 de marzo de 2015 se matiza que “la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto”.

Se relaciona la falta de transparencia de la cláusula suelo —por la insuficiente información suministrada al cliente— con la buena fe y con un elemento temporal, que es el 9 de mayo de 2013: “Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza [...]”.

Según el voto particular, los deberes especiales de configuración contractual “no pueden resultar desnaturalizados por la fecha de publicación de ninguna sentencia”, a lo que se añade que, en todo caso, la sentencia de 9 de mayo de 2013 sí podría servir para la pérdida del carácter sorpresivo de la cláusula. Excepcionalmente, la Sala admite de soslayo que la declaración de abusividad por razones distintas a la falta de transparencia sí podría provocar la restitución de todas las cantidades cobradas de más.

En el voto particular se acusa a la Sala de dogmática y de haber dictado “una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello”, riesgos de los que quizá no escape el propio voto particular, con su mención a la necesidad de emplear un método de análisis “dinámico y flexible”, “conforme a la finalidad perseguida por la norma y, en su caso, en el marco de aplicación de los principios generales del derecho”. La tesis principal del voto particular es que en la declaración de nulidad desprendida de una acción individual no tiene cabida, en general, el fenómeno de la retroactividad. Con apoyo en la sentencia del Supremo de 8 de septiembre de 2014, se concluye que «la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un “modo de contratar”, esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado», lo que, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, debería ser el

origen “del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter *ex tunc*, esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto”.

STS de 29 de abril de 2015

La STS de 29 de abril de 2015, confirma, en términos generales, la doctrina de la STS de 25 de marzo de 2015. Entre los aspectos ratificados por la sentencia de abril figura la limitación de la retroactividad anudada a la declaración de abusividad, que no podrá ser anterior al 9 de mayo de 2013.

En una especie de “eterno retorno” irresuelto, la resolución de 29 de abril de 2015 incorpora un nuevo voto particular del magistrado Orduña Moreno, que acaso pudiera ser denominado para la posteridad, al igual que la propia sentencia, como “el de la cristalería de 18 piezas”, en alusión al producto promocional que fue entregado por la entidad bancaria demandada a su cliente al comienzo de la relación contractual que originó el pleito.

La sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, es de 26 de febrero de 2013, esto es, anterior a la cardinal STS de 9 de mayo de 2013, por lo que en la STS de 29 de abril se razona, a propósito de ello, lo siguiente:

«[...] la importancia que las cuestiones planteadas en los recursos extraordinarios tienen para la creación de una doctrina jurisprudencial que sea aplicable con carácter general a todas las condiciones generales que contengan una “cláusula suelo”, sea cual sea la entidad bancaria predisponente, conducen a que este Tribunal entre a resolver las cuestiones planteadas en los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, teniendo en cuenta naturalmente la doctrina jurisprudencial de la citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, pero no los efectos procesales que la misma pudiera tener en el presente litigio, que estaban condicionados a lo establecido en el apartado 300 de aquella sentencia, sin que, como se ha dicho, ninguna de las partes haya tenido a bien realizar alegaciones sobre si tales condiciones se cumplen».

La STS de 29 de abril de 2015 se pronuncia sobre algunas incidencias de corte procesal, para concluir, por ejemplo, que el hecho de que en la audiencia previa la demandante no impugnara los documentos aportados por la parte demandada, “solo significa que no cuestionó la autenticidad de los mismos, pero no que aceptara las conclusiones probatorias que BBVA extraía de tales documentos y la valoración jurídica que sobre

ellas hacía la entidad demandada. En concreto, no significa que aceptara que tales documentos justificaban la existencia de negociación entre las partes sobre la cláusula suelo y el suministro de información suficiente sobre su inclusión en el contrato”.

En cuanto a los informes periciales aportados por la entidad bancaria, uno de una consultora, otro de un prestigioso catedrático, el Supremo tampoco deja pasar la ocasión para fijar su postura:

“La falta de aportación por la demandante de un informe pericial (a diferencia de la parte demandada, que ha aportado sendos informes de una importante consultora y de un catedrático de universidad) no puede traer como consecuencia que las tesis sostenidas por la demandada hayan de ser preferidas a las sostenidas por la demandante. De aceptar la tesis de la recurrente, si los tribunales hubieran de plegarse necesariamente a las conclusiones de los informes periciales emitidos por peritos prestigiosos, se estaría permitiendo que la desproporción de medios económicos y de asistencia técnica entre los consumidores y las empresas con las que litigan se tradujera necesariamente en la desestimación de las pretensiones de aquellos y la estimación de las de estas. Tal conclusión no es conforme con lo previsto en el art. 9.2 de la Constitución, ni con la necesidad de superar la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional (que se traduce con frecuencia en una inferior asistencia técnica del consumidor) para garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, situación de desequilibrio que ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en numerosas sentencias [...]”.

Además de que, en general, las conclusiones sostenidas en los informes periciales “no son verdades absolutas que deban ser compartidas en todo caso”, se razona por el Tribunal Supremo que “los informes periciales aportados por BBVA alcanzan conclusiones (como las relativas a la buena fe de las entidades que incluyeron cláusulas suelo en los contratos de préstamo, al cumplimiento de los preceptos legales y reglamentarios, al carácter negociado de estas cláusulas, a la trascendencia de la intervención notarial, a la proporción o desproporción del suelo y el techo, al equilibrio o desequilibrio, a la razonabilidad, en definitiva, a su validez) que suponen una valoración jurídica. Tal valoración jurídica pueden hacerla las defensas letradas de las partes y el tribunal, pero no los peritos, por lo que tales conclusiones no pueden servir para sustentar las tesis de la recurrente”.

Valorando ya el fondo del asunto, se reitera en esta sentencia de 29 de abril de 2015 la constatación de la generalización de la contratación en masa, que, en el sector bancario, encuentra una de sus máximas expresiones, y la notoriedad del empleo de condiciones generales en la contratación con consumidores.

Aquí sí concurre una particularidad en la STS de 29 de abril de 2015, y es que la demandante forma parte de un colectivo, el de los funcionarios de carrera. Por el hecho de que estos (o quienes conformen cualquier otro colectivo con capacidad de negociación) suscriban de forma conjunta, por sí o por sus representantes, un convenio con una entidad crediticia, se suele permitir a cada uno de los integrantes del grupo el acceso a unas mejores condiciones en la contratación de productos financieros (mayores tipos de interés en operaciones de pasivo, menores tipos en las de financiación, exención de comisiones en los reintegros de ciertos cajeros automáticos, por ejemplo).

Este elemento no implica indefectiblemente que la cláusula se haya negociado individualmente:

“En todo caso, el hecho de que se trate de una oferta hecha a un determinado colectivo, lo que no es infrecuente en este tipo de servicios, y que la demandante haya solicitado concertar el contrato de préstamo en los términos previstos en esa oferta, no elimina el carácter de cláusula no negociada individualmente de las estipulaciones que integran el contrato. La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo”.

Se rechaza por el Tribunal Supremo, no sin ironía, que la demandante, que «es funcionaria de carrera, del cuerpo general auxiliar de la Administración del Estado (de ahí que sea afiliada de MUFACE); que como tal, cuando solicitó el préstamo en 2006 percibía un sueldo de 993,39 euros mensuales, era titular de una cuenta ahorro vivienda en BBVA con un saldo de 4.200 euros, de una cuenta bancaria con saldo de 2.279,45

euros, un depósito de 3.500 euros y un fondo de 1.823,71 euros en otro banco, y había percibido un “regalo bienvenida” consistente en una cristalería de 18 piezas al contratar el préstamo hipotecario con BBVA como mutualista de MUFACE», por este cúmulo de circunstancias, hubiera negociado la cláusula, o que no pudiera impugnar su abusividad.

Se amplía la noción ya conocida, por su impacto en la buena fe, de que comparar exhaustivamente las ofertas con condiciones generales es ineficiente, y que lo lógico es que el consumidor se centre en la valoración de la prestación y en el precio exigido por ella (sin que quepa, en ningún caso, un control del precio), y de ahí el deber de transparencia de las empresas oferentes de servicios para que el consentimiento contractual sea plenamente informado: “la exigencia de transparencia será más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que supongan para el adherente”.

Como efecto las “condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

En el caso concreto objeto de análisis, la oferta, en este sentido, no fue transparente, precisamente por ello pero no por la desproporción con la cláusula techo existente en el préstamo hipotecario, lo que, como se confirmó en la STS de 9 de mayo de 2013, no es determinante.

Para finalizar, el Tribunal Supremo se remite, en cuanto a los efectos devolutivos asociados a la declaración de abusividad, a la doctrina de la STS de 25 de marzo de 2015: procederá la restitución de lo pagado de más a partir del 9 de mayo de 2013.

Como apostilla final, el Tribunal Supremo lanza un par de consejos, uno más laxo, otro más fuerte, a las entidades crediticias: “Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013, y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva”.

5. Las acciones colectivas

Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores, Diario La Ley, núm. 6.852 ,2 de enero de 2008

En todos los supuestos conflictivos en el ámbito de la contratación que estamos tratando, en los que se ven afectados miles, decenas y hasta cientos de miles de clientes de entidades financieras (aunque también podría tratarse de clientes de otros tipos de industria; piénsese, por ejemplo, en el fraude cometido, y descubierto en los últimos meses de 2015, por la hasta ahora respetable y poderosa Volkswagen) es razonable preguntarse acerca de la utilidad de las acciones colectivas. De hecho, la STS de 9 de mayo de 2013 se inspira en el ejercicio de una acción de cesación, a la que no se acumuló la petición de indemnización a los potenciales beneficiarios del fallo. La mera evolución de la problemática de las cláusulas suelo muestra que las dificultades técnicas y prácticas a superar son muchas.

El caso de las cláusulas suelo es paradigmático. Los consumidores, evidentemente, reclaman justicia cuando se sienten lesionados, y la justicia, para que merezca tal nombre, debe obtenerse en plazos no diremos que rápidos pero sí razonables. Las empresas también están interesadas en que las posibles dudas acerca de la licitud de una cláusula empleada en la contratación se disipen cuanto antes, para bien o para mal, para tener la certeza de su pertinencia, o la de su carácter inaceptable, con todas las consecuencias que se puedan derivar.

Lo que no interesa a ninguna de las partes es que la duda, la incertidumbre, se prolongue en el tiempo, y, mucho menos, que los justiciables obtengan, según donde litiguen, pronunciamientos dispares.

Si las acciones colectivas, en consecuencia, pueden arrojar luz en este sentido, serán bienvenidas, tanto por la parte de los consumidores como por la parte empresarial.

Precisamente, años atrás, en 2007, aunque se publicó en los primeros días de enero de 2008, estudiamos la materia de las acciones colectivas, de lo que resultó este artículo, intuyendo que las acciones de esta naturaleza podrían desempeñar un papel crucial en la resolución de conflictos con un elevado número de afectados.

Lo primero que nos impactó en aquellas fechas, y creemos que se ha de retener, es que es posible que las limitaciones de las acciones colectivas, frente a las individuales a las que estamos más acostumbrados, se deban a razones sociales y culturales.

La tensión entre intereses individuales y colectivos viene de antiguo, y ya se puede detectar en las propuestas de organización política y jurídica que sirven de remota inspiración a los modernos sistemas occidentales de convivencia.

No obstante, a los efectos expositivos que ahora nos interesan no es preciso acudir a tan lejanos antecedentes. Es suficiente con comenzar nuestra exposición con la Revolución Industrial y con reseñar que la protección jurídica brindada a individuos (personas físicas o jurídicas) y a colectivos, está íntimamente ligada con la concepción política predominante, y que hasta fechas muy recientes la relación entre ambas categorías ha sido dialéctica, es decir, la protección dispensada a una ha sido en detrimento de la otra.

Con la Revolución Industrial, hacia finales del siglo XVIII, se produce una transformación absoluta de las formas de producción tradicionales que hundían sus raíces en la Edad Media. De una economía de subsistencia, organizada en torno a un sistema gremial y a grupos sociales fuertemente estamentalizados, cuya adscripción venía determinada por el nacimiento (sistema de castas), se comienza una transición, inspirada e instigada por la emergente clase burguesa, hacia una sociedad liberal caracterizada por la supresión de todas las trabas que habían impedido hasta entonces a los individuos desarrollar todo su potencial. Nos hallamos, en consecuencia, en los albores de la sociedad conocida como del *laissez-faire-laissez-passer*.

El impulso liberal, marcada y deliberadamente individualista, pretende suprimir todas las trabas inherentes al sistema corporativista hasta entonces imperante, desde el que se organizan tanto la vertiente política como la jurídica y económica de la sociedad, es decir, la propia participación política y la oferta de bienes y servicios, así como las que se establecen desde el propio Estado.

Se reputa aberrante la existencia de colectivos o entidades, con contadas excepciones, que se interpongan entre el Estado y el individuo. Repugna a la conciencia social predominante todo obstáculo a la circulación de bienes, considerando que la libre concurrencia de oferta y demanda, junto con la incentivación del egoísmo individual,

conducirán a la prosperidad de las naciones y, por extensión, de los individuos (Adam Smith).

A diferencia de en el Antiguo Régimen, las relaciones jurídicas ligarán directamente a los individuos, iguales en derechos, sin la mediación de grupo social o ente alguno y, menos aún, del Estado, el cual se habrá de limitar meramente a establecer el marco jurídico adecuado para que se produzcan los intercambios y actuar como árbitro en caso de conflicto.

La manifestación jurídica de estos fenómenos políticos, económicos y sociales encuentra acomodo, en Europa, en el Código Napoleón, de 1804, el cual servirá como modelo de referencia e inspirador a todas las naciones que durante el siglo XIX afrontan el proceso codificador.

Tan fuerte ha sido la cristalización de esta concepción particularizada de las relaciones jurídicas, en las que el papel central se atribuye al individuo en tanto que al Estado corresponde el papel de mero árbitro que, sin necesidad de remontarnos a antecedentes más remotos, ello explica de por sí las fuertes resistencias que han debido ser vencidas durante el siglo XX hasta que han comenzado a ser atendidas, inicialmente, las peticiones de sujetos aislados en consideración a su pertenencia a un grupo (sea o no de consumidores) o a su integración en una asociación (de la índole que fuere: sindical, política, religiosa, deportiva, etcétera) y, posteriormente, las propias peticiones de la colectividad, como tendremos ocasión de analizar en más detalle.

Para Lasarte Álvarez (2005), es por ello lógico que la categoría de los consumidores y usuarios brille en los códigos civiles del siglo XIX por su ausencia, pues precisamente se tiende a suprimir todos los cuerpos intermedios entre el individuo y el Estado, como antes indicamos.

En el caso español, este contexto de exaltación liberal encontró reflejo, con cierto retraso si lo comparamos con otros países de nuestro entorno, en dos leyes decisivas en lo que ahora nos interesa: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889.

Los postulados liberales a los que nos hemos venido refiriendo en los párrafos precedentes entraron en una crisis que condujo a su quiebra de forma casi inmediata, pues se pudo constatar que la pretendida igualdad de las partes para relacionarse y

contratar era pura entelequia, y que la libre oferta de bienes y servicios no era real, pues monopolios y oligopolios imponían, en una incipiente sociedad industrializada, ya hacia los comienzos del siglo XX, condiciones generales que los consumidores habían de aceptar forzosamente si efectivamente deseaban contratar.

En suma, la reaparición del Estado se muestra ineluctable para reequilibrar el sistema económico de intercambio de bienes y servicios, imponiendo, además de su inicial función consistente en el establecimiento de un marco para realizar las transacciones y una función meramente arbitral, unas condiciones mínimas en la contratación que garanticen los intereses de la parte más débil, con la finalidad de alcanzar un orden social justo.

La consecuencia principal de todo lo anterior ha sido, llegando ya a nuestros días y con el añadido del sobresaliente desarrollo de las nuevas tecnologías, la multiplicación de los intercambios económicos hasta límites impensables años atrás, donde la autonomía de la voluntad se ve superada por la contratación en masa, impuesta por las grandes empresas a sus clientes, donde la situación de prepotencia de aquellas sobre estos queda plasmada en la imposibilidad de negociar caso por caso el contenido del contrato, resultando limitada la libertad del consumidor, simplemente, a contratar o no.

Es decir, las eventuales consecuencias dañosas derivadas de actos de un profesional o empresario, dado este estado de multiplicación y complejidad de las transacciones, habrán de afectar casi necesariamente a una multitud de personas, y creemos que no incurrimos en exageración si cuantificamos a la referida multitud en cientos de miles o en millones de personas en los casos más graves. En estas circunstancias, la tradicional protección de los derechos individuales, caso por caso y con alcance limitado a las partes contratantes, es insuficiente e ineficaz.

Este contexto constituye el caldo de cultivo para que los agentes sociales y económicos, tomen conciencia de la necesaria protección que se debe conferir a los consumidores, considerados como grupo. Así, debemos referirnos a la Carta del Consumidor de 1973, del Consejo de Europa, como primer hito en la construcción de un incipiente Derecho del Consumo. A continuación comienza a asumir responsabilidades en la materia la Comunidad Económica Europea, y a partir de ahí numerosos Estados dispensan protección legal expresa al consumidor.

La sociedad actual espera del Estado una intervención en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, que puede consistir en la realización de campañas de divulgación, controles de calidad sobre productos, el control de determinados precios, a través de la exacción de impuestos o el establecimiento de subvenciones, entre otros medios, pero hoy día cobra fuerza la promoción de la defensa de los consumidores a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, las cuales pueden facilitar una respuesta adecuada y eficaz frente a las conductas que infrinjan abiertamente o pongan en peligro los derechos e intereses de los consumidores.

Por tanto, tomada conciencia por los agentes sociales de la necesidad de proteger los derechos e intereses de los consumidores, como colectivo, establecido el marco jurídico-material de protección de los consumidores, articulados los derechos e intereses de estos a través de las asociaciones de consumidores, en los últimos años se está cerrando el círculo de la protección de estos intereses colectivos mediante la posibilidad de que se ejerciten acciones procesales que afecten no solo a los litigantes sino a la generalidad de los oferentes de productos y servicios de un determinado sector económico y a los consumidores que en concreto o abstracta y potencialmente puedan devenir perjudicados.

Ha sido preciso un dilatado proceso de convergencia, desde finales del siglo XIX, que permitiera un paralelo desarrollo del derecho material, de un lado, y del derecho adjetivo, de otro. Tan solo desde el año 2000, con la Ley de Enjuiciamiento Civil, podemos afirmar que se ha producido la precisa confluencia que permite la efectiva, aunque incipiente, protección de los derechos colectivos de los consumidores.

Ya dejamos escrito en 2007, y hemos de admitir que nos sorprende desde el presente, en 2015, lo siguiente

“En pocas materias como la que estamos estudiando se puede apreciar tan claramente la necesidad de analizar concienzudamente las repercusiones económicas de las decisiones jurídicas generales que se adopten, pues con actuaciones imprevisoras o insuficientemente previsoras, pueden ser mayores los daños infligidos al conjunto de la sociedad que los pretendidos beneficios que se desean alcanzar. En consecuencia, la imperativa protección del consumidor no puede dejar de contemplar el contexto de carácter estructural y económico donde éste desarrolla su actividad, y las mutuas interrelaciones que se tejen entre todos los actores (consumidores-empresas-Estado)”.

Quizá, aprovechando la ocasión que nos da la elaboración de este trabajo, este pueda ser un *leif motiv*, del que no hemos sido del todo conscientes hasta ahora, que ha animado nuestra producción escrita: la de que los consumidores deben ser protegidos siempre, pero en un contexto económico y jurídico que no se puede sustituir de la noche a la mañana, sino que ha de ir actualizándose de forma paulatina, gradual, progresiva, lo que podría enlazar con la mención al “orden público económico” por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

El art. 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que nos provee del primer saliente en el que apoyarnos para construir el edificio de las acciones colectivas, dispone que “los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

Este será el punto de arranque para la regulación de diversas acciones de cesación en algunas normas sectoriales, como la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, o Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, extendió y perfiló el ámbito de las acciones de cesación.

El Legislador, para superar la falta de desarrollo que permitía la efectiva defensa de los intereses colectivos en el ámbito civil, tomó la decisión de que fueran “personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas” (Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil) las que pudieran llevar los intereses colectivos a juicio, refiriéndose a las asociaciones de consumidores, lo cual es discutido, por restrictivo, por algún sector doctrinal que sugiere que puedan ser afectados aislados, o sujetos no afectados pero que acrediten un interés suficiente (por ejemplo, despachos de abogados), los que ostenten legitimación para iniciar estos procedimientos.

No se instaura un procedimiento *ad hoc* para la protección de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, sino que se introducen regulaciones especiales cuando

se estima oportuno, lo cual nos facilita un criterio hermenéutico de primer orden: ante el silencio de la Ley de Enjuiciamiento Civil las normas en las que no se haga mención expresa a la protección de los intereses colectivos de los consumidores habrán de ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con su sentido general, sin que sea preciso, ni conveniente sin la suficiente justificación, forzar su habitual interpretación.

El marco que se parece tomar como inspiración es el de las acciones de clase (*class actions*) norteamericanas.

Las acciones de clase, que en su concepción teórica no son solo aplicables a los consumidores, sino a cualquier grupo de damnificados, muestran, según Carrasco Perera (2001, 2002), las siguientes ventajas sobre el ejercicio de acciones individuales:

- Economía procesal.
- Evitación de procesos contradictorios.
- Reforzamiento de la defensa de los consumidores a través de la contribución del grupo al pago de los honorarios de una única defensa letrada, permitiendo así la contratación de una categoría de abogados equiparable a la del abogado de la gran empresa.
- Permitir el acceso a la justicia de pequeñas reclamaciones que nunca se interpondrían debido a sus costes procesales, pero que juntas suman una enorme suma de beneficio ilegal para las empresas, frente a quienes la posibilidad de una acción de clase tiene así un efecto disuasorio.
- Equidistribución de las indemnizaciones cuando la suma de las debidas por el empresario no alcance a la satisfacción de todos los damnificados.

El art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es fundamental en la materia que nos ocupa. Para Gimeno Sendra (2005) es claro que a la vista de este artículo las asociaciones de consumidores tendrán legitimación para defender los intereses de la asociación (legitimación ordinaria), los de sus asociados (legitimación extraordinaria por representación) y los de los consumidores y usuarios (legitimación extraordinaria por sustitución). Esta última se puede calificar atendiendo al objeto procesal (es decir, la determinación o no del grupo de afectados) en legitimación por sustitución representativa de intereses colectivos y legitimación por sustitución de intereses difusos.

Las dos primeras legitimaciones no suponen alteración alguna de las reglas generales reguladoras de la materia: en interés propio de una persona jurídica en el primer caso, en interés de quien actúa en representación de otro, en el segundo, siempre que los estatutos de la asociación (representante) prevean la posibilidad de actuar en nombre de sus concretos asociados (representados) o se confiera representación *ad hoc* por el asociado a la asociación.

La protección de los intereses colectivos se encomienda a las asociaciones de consumidores, a otras entidades que tengan por objeto la protección de los consumidores y a los grupos de afectados.

En este sentido la novedad principal de este art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto del art. 11, apartado 3, viene constituida por la atribución de legitimación a las “asociaciones de consumidores que sean representativas para proteger los intereses difusos de los consumidores”.

Según el art. 24, apartado 2, del Real Decreto Legislativo 1/2007, son asociaciones representativas “las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estos se regulan en el art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Inicialmente, y este es uno de los atractivos de este tipo de acciones, se extenderán a quienes, hayan litigado o no, se encuentren en una situación como la objeto de enjuiciamiento, aunque la complejidad de las acciones entabladas y del colectivo que potencialmente se podría beneficiar del fallo, aconseja un análisis más cercano a cada caso.

6. Hacia un nuevo sistema financiero orientado a los ciudadanos

“De unos ciudadanos para el sistema financiero a un sistema financiero para los ciudadanos”, Revista General de Derecho Público Comparado, núm. 17, julio 2015

El sistema financiero, incluso en estado tranquilo, de equilibrio y óptimo funcionamiento, es sumamente complejo, aunque en las sociedades más desarrolladas es inevitable, antes o después, que la inmensa mayoría de la ciudadanía entre en contacto con él para demandar alguno de los servicios que puede ofrecer, ya se trate de depositar ahorros, solicitar un crédito, efectuar una inversión, suscribir una póliza de seguro u ordenar pagos a través de una cuenta bancaria o en efectivo. Su función social es innegable, por servir de palanca para el crecimiento e, igualmente importante, para la transmisión de la política monetaria de los bancos centrales.

La prestación de los servicios financieros en las sociedades más atrasadas y en desarrollo es, del mismo modo, una condición necesaria para que la actividad económica pueda arraigar y proporcionar bienestar material a la población, como acreditan, por ejemplo, los proyectos de financiación a través de microcréditos puestos en funcionamiento en algunas economías emergentes.

En este artículo hemos analizado, entre otros aspectos, tales como el origen ideológico de la reciente crisis —en el que parece haber jugado un papel importante el conocido como neoliberalismo y la libre circulación de capitales—, sus consecuencias o las medidas implementadas para atajar sus efectos, el impacto en el ciudadano, en términos de mayor desempleo, mayor carga de la deuda pública o austeridad en el gasto público.

Estas políticas de austeridad, que conllevan que se haya de cuadrar el círculo de la subsistencia con menores ingresos, un gasto que se mantiene más o menos estable y la reducción de los servicios públicos, generan cada vez más críticas, a las que no ha sido ajeno el Comité Económico y Social y Europeo, que ha instado un “New Deal” europeo que diluya o suspenda temporalmente, durante la crisis, las medidas de austeridad, que son la causa principal de la recesión, de la reducción de la demanda y del aumento del desempleo, alargando el tiempo necesario para la recuperación.

Desde el punto de vista más financiero, unas empresas y familias muy endeudadas han visto cortado su acceso a un crédito bancario que, en ocasiones, podría haber aliviado su situación. Aunque en el debate público se ha apelado continuamente a esta restricción

crediticia (“credit crunch”), el problema más acuciante ha sido el opuesto, es decir, el excesivo endeudamiento (“apalancamiento”, o “leverage”, en inglés) y la necesidad de amortización por las familias y empresas de las obligaciones contraídas, lo que ha sido difícil de afrontar cuando han caído en el desempleo o se ha producido la reducción de sus ingresos, en la línea que trató de favorecer la reforma laboral de 2012 para, pretendidamente, paliar la destrucción de empleo.

A pesar de todo, prácticamente nadie duda de la necesidad de disponer de un sistema financiero saneado, dispuesto a cumplir con la función social que le compete, lo que justifica, principalmente, que se haya rescatado con dinero público.

Se detecta, desde 2014, una sensibilidad acerca del “cambio de cultura” del sistema financiero, que podemos encontrar a ambos lados del Atlántico. En esta orilla, el presidente de la patronal bancaria española (la Asociación Española de Banca) ha mencionado que hay que pensar sobre la “banca del futuro”, y reconoce que “en un entorno de creciente competencia o se recupera la confianza del cliente, o se corre el riesgo de perecer”. La presidenta de uno de los bancos más grandes del mundo ha llegado a afirmar, literalmente, que el cliente es el rey, que siempre lo ha sido pero ahora lo será más.

La dura competencia entre las entidades, el adecuado empleo de los escasos medios disponibles y la obtención de beneficios marcarán la pauta en adelante, tanto para las entidades de crédito como para el resto de agentes económicos y sociales. Preservar al cliente, por tanto, será una ambiciosa e ineludible aspiración.

7. Conclusiones

La conclusión principal que se desprende de todo lo expuesto creemos que se deduce, casi sin dificultad, de nuestra exposición, y, por tanto, del hilo argumental que ha animado nuestras investigaciones y publicaciones, desde la primera, en 2007, con un estudio comenzado dos años antes, hasta las más recientes, en 2015, tanto de las mencionadas aquí, por su relación más o menos directa con las cláusulas abusivas, como de las que, por estar más alejadas de esta temática, han quedado al margen.

El consumidor, por definición, está amparado frente al uso de cláusulas abusivas por parte de las entidades, de variada índole, con las que entra en contacto, primordialmente por la de las entidades financieras.

Es indudable que el sistema financiero ha operado defectuosamente, que algo ha ocurrido en su interior, pero no se puede negar la necesidad de disponer de un sistema financiero sólido que, con carácter instrumental, como accesorio de la economía real que afecta a las personas y empresas, coadyuve al crecimiento económico sostenible.

El fenómeno de las cláusulas abusivas en la contratación financiera o bancaria, con los matices, aun no resueltos, que puedan quedar por desentrañar, ha sido una de las causas que han llevado a los ciudadanos a perder la confianza en el sistema financiero.

Por lo tanto, lo primero es solventar esta contradicción, aplicando las medidas correctivas que procedan y salvaguardando, desde luego, a la parte más débil, que es, en general, el usuario de servicios financieros.

Será imprescindible articular de forma adecuada, en el seno de un proceso de integración europea que, como en cada crisis, tiende a acelerarse, el ordenamiento privado europeo y el de los Estados miembros.

Es crucial precisar el concepto de consumidor, pues no es infrecuente que surjan dudas sobre a qué operador jurídico se le atribuye esta condición, o que, abiertamente en contra del derecho aplicable, se otorgue protección a profesionales o empresas, especialmente pequeñas y medianas, que merecen salvaguarda pero por otros cauces.

El concepto de usuario de servicios financieros, que admite una triple realidad (usuario del mercado bancario, de valores, y de seguros y fondos de pensiones) no se solapa totalmente con el de consumidor, dadas las discordancias existentes entre la regulación

financiera, de corte, principalmente, público o administrativo, y la de protección del consumidor, que además de administrativa se proyecta sobre relaciones privadas.

En clave más financiera, es evidente la asimetría informativa existente entre las empresas oferentes de servicios financieros y los usuarios, pero no todos ellos tienen el mismo nivel de conocimiento y experiencia, ni todos tienen la misma aversión al riesgo. La protección del usuario es irrenunciable, pero, tanto desde el punto de vista regulatorio como desde el judicial, deberían ponderarse con más detenimiento los casos en los cuales la información recibida por el usuario ha sido suficiente y la voluntad de este se ha formado adecuadamente, hasta la correspondiente manifestación del consentimiento, particularmente en los supuestos en los que el fracaso de la inversión o del servicio, por causas no imputables al oferente, pueda dar lugar a reclamaciones del usuario.

El siguiente paso, no menos crucial que el anterior, es perfilar la labor de los tribunales de los Estados miembros a la hora de aplicar el derecho de la Unión Europea, en particular, la Directiva 93/13/CEE.

La fuerza de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es cada vez mayor, lo que beneficia al consumidor, pero puede comprometer, por el temor a separarse de su doctrina imperante, a los juzgados y tribunales, incluso a los más Altos Tribunales, lo que puede incidir negativamente en la seguridad jurídica que demandan los ciudadanos, pero también las empresas y los poderes públicos.

El caso de la cláusula suelo, una estipulación que, según la regulación europea y española, es lícita, pero que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, no se ha comercializado adecuadamente, es un buen ejemplo del tipo de tensiones que se pueden generar, por lo que, naturalmente, la decisión del Tribunal de Justicia se aguarda con expectación por todos los afectados, directos e indirectos.

En la contratación seriada propia de una sociedad industrial o posindustrial, en la que las nuevas tecnologías favorecen la negociación y un mismo tipo de relación jurídica y económica, por su carácter homogéneo, va a vincular a las empresas con una multitud de consumidores, las acciones individuales no ofrecen resultados satisfactorios, especialmente si, como hemos señalado anteriormente, las resoluciones judiciales, ante casos muy similares, son dispares.

Las acciones colectivas, en consecuencia, son un buen instrumento para resolver con celeridad, seguridad y economía de medios las cuestiones litigiosas que envuelven a numerosos consumidores en sus relaciones con las empresas.

Sin embargo, al menos en nuestro país, siguen planteándose interrogantes acerca del alcance del fallo y de los posibles beneficiarios, así como respecto a la eventual indemnización que vaya anudada a la posible declaración de abusividad.

Una cuestión de extraordinaria importancia es que el sentido jurídico de la decisión judicial, en una época absolutamente anómala, también desde el punto de vista de la política monetaria, en la que las autoridades monetarias adoptan medidas no ortodoxas, que han conducido a que el tipo de interés pueda ser negativo, en beneficio del deudor pero en claro perjuicio del acreedor y del ahorrador, pueda resultar condicionado por implicaciones económicas.

El concepto de “orden público económico” de la STS de 9 de mayo de 2013, por ejemplo, simplemente se ha enunciado pero no ha sido desarrollado, a nuestro entender, ni judicial ni doctrinalmente.

El carácter sistémico de ciertas entidades financieras, o la función social esencial del sistema financiero, como conjunto, parecen justificar una especie de trato de favor que, por el contrario, no se dispensa a las empresas y particulares que, igualmente, atraviesan una situación crítica.

La nueva regulación europea de supervisión y, sobre todo, de resolución, procura superar este privilegio, haciendo recaer los efectos de una crisis empresarial sobre los accionistas y tenedores de deuda de las entidades en apuros, pero, igualmente, de los depositantes por encima de 100.000 euros, para, solo en casos extremos, activar medidas de apoyo con dinero público.

Relación de libros y artículos del doctorando relacionados con el sistema financiero, la contratación financiera y las cláusulas abusivas (por orden de aparición en la tesis)

- “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios” (Editorial Bosch, 1ª ed. marzo 2014, 2ª ed. julio 2015).

Capítulo 1. Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo, y fijación de los términos del debate.

Capítulo 2. Los sistemas financieros español y europeo: una realidad convergente y en transformación.

Capítulo 5. La contratación bancaria.

Capítulo 6. El contrato de préstamo hipotecario.

- “La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos” (La Ley, 2015, dirigida por Alfonso Martínez-Echevarría, Ana Belén Campuzano y Rafael Mínguez)

Capítulo 8. “El proceso de bancarización de las cajas de ahorros”.

- “Guía sobre contratación bancaria de productos complejos (Sepín, 2015, coordinada por Enrique Sanjuán y Muñoz)

Capítulo 5 “La prestación de asesoramiento en materia de inversión, y la de los servicios de intermediación, custodia y administración”

- “Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes” (Editorial Bosch, 1ª ed., abril 2013, 2ª ed. junio 2013, Director-Coordinador Enrique Sanjuán y Muñoz; Director José María López Jiménez).

Capítulo 8 “Canje de preferentes y otras alternativas como sistema de cobro”.

- “El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, Diario La Ley, núm. 8.182, 31 de octubre de 2013.

- “Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos”, Diario La Ley, núm. 7.204, 25 de junio de 2009.
- “Las sociedades de tasación: un auxiliar financiero infravalorado”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, 11 de noviembre de 2013.
- “Swaps: entre la cobertura de riesgos y la especulación”, Sepín Mercantil, octubre 2012.
- “La dación de viviendas en pago de deudas”, Extoikos, núm. 7, julio 2012.
- “Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas”, Diario La Ley, núm. 8.063, 16 de abril de 2013.
- Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores, Diario La Ley, núm. 6.852 ,2 de enero de 2008.
- “De unos ciudadanos para el sistema financiero a un sistema financiero para los ciudadanos”, Revista General de Derecho Público Comparado, núm. 17, julio 2015.

Relación de otros libros y artículos (por orden de aparición)

- “Uso ilícito de las tarjetas bancarias”, Editorial Bosch, 1ª ed. 2009, 2ª ed. 2012.
- “Las tarjetas bancarias”, Diario La Ley, núm. 6.686, 4 de abril de 2007.
- “Comentarios a la Ley de Servicios de Pago”, Editorial Bosch, 2011.
- “Un nuevo orden internacional político y económico para el siglo XXI”, Extoikos, núm. 14, 2014.
- “Educación financiera impartida por las entidades financieras: ¿oportunismo o necesidad?”, Extoikos, núm. 17, 2015.

Bibliografía (agrupada por obras y artículos)

- **“La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios” (Editorial Bosch, 1ª ed. marzo 2014, 2ª ed. julio 2015).**

Capítulo 1. Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo, y fijación de los términos del debate.

Capítulo 2. Los sistemas financieros español y europeo: una realidad convergente y en transformación.

Capítulo 5. La contratación bancaria.

Capítulo 6. El contrato de préstamo hipotecario.

ACHÓN BRUÑÉN, Mª.J. (2013), «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *Diario La Ley*, nº 8127, 16 de julio.

ADMATI, A. y HELLWIG, M. (2013), *The bankers' new clothes. What's Wrong with Banking and What to Do About It*, Princeton University Press.

ALFARO AGUILA-REAL, J. (2008), «El control de adecuación entre el precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas», I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

- (2013), «¿Qué deberían hacer los jueces de instancia que se enfrentan a una demanda en la que se pide la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades pagadas al banco en su virtud?», blog de Jesús Alfaro, derechomercantilespana.blogspot.com.es, 25 de junio.

ARAGÓN, M. (1992), «Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos de los bancos y de las circulares del Banco de España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, mayo-agosto.

ARRUÑADA, B. (2013), «Cláusulas “suelo”: Más que un error, una excusa», *Expansión*, 28 de octubre.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA (2009), «Nota de posición de la Asociación Hipotecaria Española sobre los suelos y techos», 30 de octubre.

- (2012), «Sistemas de indización en la UE. Mecanismos de fijación de tipos y las principales referencias utilizadas», diciembre.

AURIOLES MARTÍN, A. (1997), «Aspectos generales de la contratación bancaria», en Jiménez Sánchez, G.J. (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. 2, 4.ª ed.

BANCO CENTRAL EUROPEO (2013), «Dictamen, de 22 mayo de 2013, sobre protección de los deudores hipotecarios» (CON/2013/33).

BANCO DE ESPAÑA: Tipos de interés y tipos de cambio (<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tipos/tipos.html>).

- (2009), «Memoria del Servicio de Reclamaciones –2008–».
- (2010), «Memoria del Servicio de Reclamaciones –2009–».
- (2011), «Memoria del Servicio de Reclamaciones –2010–».
- (2012a), «Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma», 16 de octubre.
- (2012b), «Memoria del Servicio de Reclamaciones –2011–».
- (2013a), «El Banco de España pide a las entidades de crédito que revisen la adecuación de sus cláusulas suelo a la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo», nota de prensa, 26 de junio.
- (2013b), «Informe de Estabilidad Financiera», 11/2013, noviembre.
- (2013c), «Memoria del Servicio de Reclamaciones –2012–».
- (2013d), «El Banco de España publica la Guía de acceso al préstamo hipotecario», nota de prensa, 15 de julio.
- (2013e), «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», julio.
- (2013f), «Nota informativa sobre la publicación de determinados tipos de interés de referencia de los préstamos hipotecarios a tipo variable», 30 de abril.
- (2014), «Memoria del Servicio de Reclamaciones –2013–».
- (2015a), «II Congreso Nacional sobre Presente y Futuro del Mercado Hipotecario», Universidad de Granada, Discurso de clausura del Gobernador del Banco de España, 10 de abril.
- (2015b), «El papel del sector inmobiliario en la recuperación de la economía española», Malo de Molina, J.L., Fundación de Estudios Inmobiliarios, Madrid, 28 de abril.
- (2015c), «Informe de Estabilidad Financiera», 05/2015, mayo.

BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES (2012), «Informe a los ministros de Finanzas y Gobernadores de bancos centrales del G-20 sobre la implementación de Basilea III», octubre.

- (2015), «Ultra-low or negative interest rates: what they mean for financial stability and growth», remarks by Hannoun, H., Deputy General Manager, Bank for International Settlements, at the Eurofi High-Level Seminar, Riga, 22 April.

BENZO, Á. (2013), «Construir una Unión Bancaria», en «Construir una Unión Bancaria», Papeles de Economía Española, núm. 137, Funcas.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES –SENADO– (2010), nº 457, 7 de mayo, que contiene el informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios.

CADENAS DE GEA, C., PAREJA SÁNCHEZ, M. y CASASOLA DÍAZ, J.Mª. (2013), «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por dónde pisa», Extoikos, nº 9.

CALVO GONZÁLEZ, J. (1998), *El discurso de los hechos*, 2ª ed., Tecnos.

CANO, M. (2013), «Protección europea para el hipotecado», Escritura Pública, julio/agosto.

CAÑIZARES LASO, A. (2015): «Condiciones generales de la contratación y control de incorporación, información y transparencia», en *Guía sobre contratación bancaria de productos complejos*, VVAA, Coordinador Sanjuán y Muñoz, E., Sepín.

CAÑIZARES LASO, A. (2015): «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2, nº 3 (julio-septiembre).

CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F. (2013), «El debate sobre la deuda hipotecaria en España», *Cuadernos de Información Económica*, nº 233, marzo/abril.

CARRASCO, S. (2014), *¿Hay Derecho? La quiebra del Estado de Derecho y de las instituciones en España*, Ediciones Península, junio.

CARRASCO PERERA, Á. (dir.) (2002), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo.

— (2013), «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», *Diario La Ley*, nº 8159, 30 de septiembre.

— (2015), «¿Están los bancos obligados a devolver dinero a los prestatarios cuando el Euríbor baja de cero?», *CESCO*, 29 de abril.

CARUANA, J. (2014), «Debt Trouble Comes in Threes», *International Finance Forum 2014 Annual Global Conference*, Beijing, 1 November.

CASTAÑO MARTÍNEZ, Mª.S. (2012): «La eficacia de la política de la vivienda en España», *Revista de Economía ICE*, nº 867.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (2014), «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014.

COASE, R. & WANG, N. (2013), *How China Became Capitalist*, Palgrave McMillan.

COLEGIO DE REGISTRADORES (2013), «Cláusulas abusivas no inscribibles en el Registro de la Propiedad», 5 de junio.

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL (2014), Informe emitido a petición del Consejo de Ministros, febrero.

COMISIÓN EUROPEA (2009), «The High-Level Group on Financial Supervision in the EU» (De Larosièrre Report), 25 de febrero.

(2011), «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial», 31 de marzo, COM (2011) 142 final, 2011/0062 (COD).

- (2012), «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones: Medidas en favor de la estabilidad, el crecimiento y el empleo», COM (2012) 299 final, 30 de mayo.
- (2013a), «Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera» (2013/C 216/01), 30 de julio.
- (2013b), «Financial Assistance Programme for the Recapitalisation of Financial Institutions in Spain. Third Review of the Programme –Summer 2013», Occasional Papers, 155, July.
- (2013c), «Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry», 4 December.
- (2013d), «Nuevas medidas para restablecer la confianza en los índices de referencia a raíz de los escándalos del Líbor y el Euríbor», comunicado de prensa, 18 de septiembre.
- (2014), «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un sector financiero reformado para Europa», COM (2014) 279 final, 15 de mayo.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2012), Resolución de 24 de septiembre (Expte. SA MAD 03/11, Ipluse y Asociados S.L./Colegio Notarial de Madrid).

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2008), Dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (2008/C 44/19).

- (2014), Dictamen sobre «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (2014/C 311/06).

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2013), Subcomisión sobre la Transparencia en la Información de los Productos Financieros e Hipotecarios de las Entidades de Crédito, «Informe de la Subcomisión», Boletín Oficial de las Cortes Generales, X Legislatura, nº 352, 5 de noviembre.

- (2015), Proposición no de Ley relativa a la eliminación de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios (161/002956), Boletín Oficial de las Cortes Generales, X Legislatura, nº 511, 9 de septiembre.

CONSEJO EUROPEO (2012), «Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria», Informe del Presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, EUCO 120/12, 26 de junio.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013), «Acta y conclusiones de la Jornada de Jueces y Magistrados sobre cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios tras las jurisprudencia del TJUE», 23 de mayo.

CONTHE, M. (2012), «La manipulación del Líbor», Escritura Pública, nº 73.

- (2013a), «Cláusulas-suelo: un borrón supremo», El Sueño de Jardiel, blog de Manuel Conthe, <http://www.expansion.com/blogs/conthe/>, 17 de septiembre.
- (2013b), «Cláusulas-suelo: respuesta a Lamothe y Pérez-Somalo», El Sueño de Jardiel, blog de Manuel Conthe, <http://www.expansion.com/blogs/conthe/>, 21 de noviembre.
- (2015), «Swaps de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015», Diario La Ley, nº 8515, 9 de abril.

CUÑAT EDO, V. (1991), «Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada», en *Las fuentes efectivas de Derecho español tras la Constitución de 1978*, 1ª ed., UNED.

DÍAZ CADÓRNIGA, J. y MARTORELL GARCÍA, V. (2009), «La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado», Notarios y Registradores, www.notariosyregistradores.com, 29 de junio.

DÍEZ GIBSON, J.L. (2013), «Implicaciones de la reforma de las referencias financieras», Notarios y Registradores, www.notariosyregistradores.com, 4 de julio.

DÍEZ PICAZÓ, L. y GULLÓN, A. (1995), *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7ª ed., Editorial Tecnos, S.A.

DOMINGO, I. (2013), «El notario y la tutela preventiva de los consumidores», Escritura Pública, julio/agosto.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013), «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales», Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 5/2013.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. (2013), «La aritmética múltiple del interés simple», Sur, 1 de septiembre.

- y LÓPEZ DEL PASO, R. (2012), «La carga impositiva anual de una familia: enfoque analítico y aproximación cuantitativa», Extoikos, nº 7.

EDUFINET (2012), *Guía Financiera*, 4ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi.—, (2013), *Guía Financiera para Empresari@s y Emprendedoræs*, Thomson Reuters-Aranzadi.

- (2014), *Guía Financiera*, 5ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi (obra cuyos contenidos actualizados también se hallan disponibles en www.edufinet.com).

ESTEFANÍA, J. (2013), «La mala reputación», El País, 9 de diciembre.

EUROGRUPO (2013), «Statement by the Eurogroup on Spain», 14 November.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY & EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2013), «Report on the administration and management of Euribor», 11 January.

EXPANSIÓN DIRECTO (2013), «El final de las cláusulas suelo impacta en las titulizaciones hipotecarias, según DBRS», 10 de julio.

FITCH RATINGS (2013), «Fitch: Spanish Floor Clause Ruling May Reduce Excess Spread», Endorsement Policy, 17 June.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1993), «Derecho, ética y negocios», Discurso de apertura del año académico 1993-1994, Universidad de Alicante.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (2013), «Comparecencia del Presidente de la Comisión Rectora del Frob ante la Subcomisión de Reestructuración Bancaria y Saneamiento Financiero del Congreso», 10 de septiembre.

— (2015), Resolución de 17 de abril de 2015, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda la transmisión de seiscientos cuarenta millones novecientos sesenta y cuatro mil ciento cuarenta y seis (640.964.146) acciones de Catalunya Banc SA, titularidad del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, BOE de 22 de abril.

FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (2015), *El nuevo mapa de las fundaciones: de cajas de ahorros a fundaciones*, Estudios de la Fundación, abril.

GALBRAITH, J.K. (1983), *El crash de 1929*, 3ª ed. revisada, 1ª ed. en Ariel (2007), 5ª reimpresión (2009).

GARCÍA AMIGO, M. (1969), «Condiciones generales de los contratos», Revista de Derecho Privado.

GARCÍA CRESPO, J.M. (2011), «Mercado hipotecario y seguridad jurídica», Diario La Ley, nº 7661, 28 de junio.

GARCÍA MONTALVO, J. (2008), *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero. Crónica de un desenlace anunciado*, Antoni Bosch Editor, S.A.

GENTO MAHUENDA, P. (2014), «El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva», Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 10/2014.

GIMENO SENDRA, V. (2013a), «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional», Diario La Ley, nº 8089, 23 de mayo.

— (2013b), «Las cláusulas abusivas», Diario La Ley nº 8116, 1 de julio.

GOMÁ LANZÓN, F. (2013), «Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas (OCCA)», El Notario del Siglo XXI, septiembre-octubre.

GÓMEZ POMAR, F. y LYCZKOWSKA, K. (2014), «Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law», InDret, October.

HERNANDO SANTIAGO, F.J. (2005), «Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho», discurso leído en el acto inaugural del año judicial 2005, 13 de septiembre.

JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (2015), «Report on Risks and Vulnerabilities in the EU Financial System», March (released, 5 May).

JUNTA EUROPEA DE RIESGO SISTÉMICO (2012), «Recomendación sobre la financiación de las entidades de crédito», 20 de diciembre (JERS/2012/2) (2013/C 119/01).

KAHNEMAN, D. (2013), *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo.

KINDLEBERGER, C.P. (2000), *Manias, Panics and Crashes. A History of Financial Crisis*, fourth edition, John Wiley & Sons, Inc.

— (2008), «Bubbles in history», en *The New Palgrave Dictionary of Economics, Second Edition*. Eds. Steven N. Durlauf and Lawrence E. Blume. Palgrave Macmillan.

— (2011) & ALIBER, R., «Manias, Panics and Crashes: A History of Financial Crises», sixth edition, Palgrave Macmillan.

KING, S.D. (2013), *When the money runs out. The end of Western affluence*, Yale University Press.

LA CAIXA (2013), «Hipotecas: ¿tipo de interés variable o fijo?», Actualidad del Sistema Financiero, Estudios y Análisis Económico, Nota 15/2013, edición quincenal, 10 diciembre.

LAMOTHE FERNÁNDEZ, P. y PÉREZ SOMALO, M. (2013), «Cláusulas suelo: un acierto supremo», *Expansión*, 8 de octubre.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Editorial Dykinson.

LEDESMA BARTRET, J. (2012), «El preocupante abuso de los Decretos-leyes», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, nº 74, junio.

LLACER MATA CÁS, R. (2007), «El cliente de servicios de pago: contratación de tarjetas y responsabilidad en el sistema de pagos», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 11, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2009a), «Más crisis, más Estado», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 778.

— (2009b), «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», *Diario La Ley*, nº 7204, 25 de junio.

— (2010), «La publicidad de los servicios y productos bancarios», *Diario La Ley*, nº 7502, 4 de noviembre.

— (2011a), «Reseña de la Ley de Economía Sostenible», *Extoikos*, nº 2.

— (2011b), «Legislación hipotecaria para la galería», *Málaga Hoy*, 21 de julio.

— (2011c), *Comentarios a la Ley de Servicios de Pago*, Editorial Bosch.

— (2012a), «La dación de viviendas en pago de deudas», *Extoikos*, nº 12.

- (2012b), «*Swaps*: entre la cobertura de riesgos y la especulación» Sepín, Boletín Mercantil, octubre.
- (2013a), «Un caso concreto de impago de deuda soberana: la retención en Ghana de una fragata argentina a petición de un fondo de inversión norteamericano», *Extoikos*, nº 9.
- (2013b), «Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas», *Diario La Ley*, nº 8063, 16 de abril.
- (2013c), «La “cláusula suelo” en préstamos hipotecarios a tipo variable con consumidores. TS, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, 9-5-2013», *Comentario de Jurisprudencia*, Sepín, mayo.
- (2013d), «Permutas de tipos de interés», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 15 de enero.
- (2013e), «Las sociedades de tasación: un auxiliar financiero infravalorado», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 11 de noviembre.
- (2014a), «El “impago selectivo” de deuda pública argentina de 2014: los soberanos no son lo que era», Instituto Español de Estudios Estratégicos, documento de opinión 11/2015, 22 de enero.
- (2014b), «Un nuevo orden internacional político y económico para el siglo XXI», *Extoikos*, nº 14.
- (2015a), «Un cambio de paradigma para la superación de las crisis bancarias: el caso “Banco de Madrid”», *Diario La Ley*, 15 de abril.
- (2015b), «Comentario a la Sentencia sobre el seguro de vida "unit-linked", Tribunal Supremo, Pleno, Sala Primera, 12-1-2015», SP/SENT/797345, abril.
- y DÍAZ CAMPOS, J.A. (2013), «Radiografiando la crisis: las agencias de calificación crediticia», Sepín, Boletín Mercantil, abril.
- y DÍAZ CAMPOS, J.A. (2014), «“Negociación de Alta Frecuencia” (High Frequency Trading —HFT—). Las máquinas al mando de los mercados financieros», blog *¿Hay Derecho?*, 1 de mayo.
- y NARVÁEZ LUQUE, A. (2014), «Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias: la expulsión de las cajas de su paraíso financiero», *Derecho de los Negocios*, *La Ley*, 2 de enero; *Diario La Ley*, nº 8246, 7 de febrero.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013), «El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 5/2013.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE CONDICIONES DE POLÍTICA SECTORIAL FINANCIERA, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y

ACUERDO MARCO DE ASISTENCIA FINANCIERA, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 (BOE de 10 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (2012), «El Ministerio de Economía procede a la liquidación del FAAF con un beneficio de 650 millones de euros», nota de prensa, 1 de junio.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2010), «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», El Notario del siglo XXI, marzo-abril.

— (2015), «Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas predispuestas abusivas», blog de Jesús Alfaro, 12 de mayo.

MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2002), «Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Aranzadi.

MORA-SANGUINETTI, J.S. (2013), «El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada», Banco de España, Boletín Económico, noviembre.

MUNDELL, R. (1961), «A theory of optimum currency areas», The American Economic Review, Vol. 51, No. 54.

MUÑOZ MOLINA, A. (2013), *Todo lo que era sólido*, Editorial Seix Barral, S.A., 2ª ed., marzo.

NATIONAL COMMISSION ON THE CAUSES OF THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE UNITED STATES (2011), *The Financial Crisis Inquiry Report*, Public Affairs, Nueva York.

NÚÑEZ ZUBILLAGA, I. —coord.— (2007), *La reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Colección Garrigues.

O'CALLAGHAN, X. (2000), «Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril)», Estudios sobre consumo, nº 54.

OLAIZOLA, F. (2013), «El Tribunal Supremo, la cláusula suelo, las manos rojas y la psicoeconomía», El Notario del Siglo XXI, nº 50, septiembre.

PAREJO, J.A., RODRÍGUEZ, L, CUERVO, A. y CALVO, A. (2007), *Manual de sistema financiero español*, 20ª edición actualizada, Ariel.

PEDRAZA, A. «Mercados, un ecosistema selvático», Andalucía Económica, nº 256, julio-agosto.

PÉREZ HEREZA, J. (2010), «Los mecanismos de protección del consumidor bancario», El Notario del Siglo XXI, marzo-abril.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004), *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Thomson-Aranzadi.

— (2013), «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», InDret, julio.

PLAZA PENADÉS, J. (2015), «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo», Diario La Ley, 6 de mayo.

RAJAN, R.G. (2005), «Has financial development made the world riskier?», Proceedings, Federal Reserve Bank of Kansas City, issue Aug., pages 313-369.

— (2010), *Fault lines. How hidden fractures still threaten the world economy*, Princeton University Press.

RIVERO ALEMÁN, S. (2002), *Crédito, consumo y comercio electrónico: aspectos jurídicos bancarios*, Editorial Aranzadi.

ROLDÁN ALEGRE, J.M^a. (2014), «El modelo de negocio de la banca española», Foro de la Nueva Economía, Madrid, 24 de noviembre.

SÁNCHEZ CALERO, J. (2005), «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n^o 98.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013), «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», Diario La Ley, n^o 8112, 25 de junio.

SANZ-SANZ, J.F. y ROMERO-JORDÁN, D. (2012), «Novedades tributarias introducidas en los primeros meses de 2012», Extoikos, n^o 7. SHILLER, R.J. (2005), *Irrational Exuberance*, 2^a ed., Princeton University Press.

— (2013), «Reflections on finance and the good society», Cowles Foundation for Research in Economics at Yale University, Discussion Paper No. 1894, May.

STIGLITZ, J.E. (2011), *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía global*, Santillana Ediciones Generales, S.L.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), «El TC avala la actuación del Banco de España en caso de insolvencia de las entidades de crédito», nota informativa 73/2013, 31 de octubre.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2015), «La reforma del sistema judicial de la UE», comunicado de prensa 44/15, 28 de abril.

URÍA, U. (2002), *Derecho Mercantil*, 28^a ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002), *La deuda de intereses*, EUB, S.L.

WEBEL, B. (2013), «Troubled Asset Relief Program (TARP): Implementation and status», Congressional Research Service.

ZEJALBO MARTÍN, J. (2015): «ORIGEN HISTÓRICO de la expresión manuscrita y su realidad actual», Notarios y Registradores, 5 de mayo.

ZUNZUNEGUI, F. (2008), «AIF apuesta por la transparencia en la intermediación en crédito», Revista de Derecho del Mercado Financiero, 8 de abril.

— (2013a), «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n^o 129, enero-marzo.

— (2013b), «ESMA requiere a la CNMV para que aplique la MIFID a los *swaps*», Revista de Derecho del Mercado Financiero, 12 de septiembre.

- (2013c), «La nueva Ley bancaria confirma que a los *swaps* se les aplica la Ley del Mercado de Valores», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 6 de diciembre.
- (2015), «¿Está preparado el ordenamiento jurídico para los intereses negativos?», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2 de mayo.

- **“La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos” (La Ley, 2015, dirigida por Alfonso Martínez-Echevarría, Ana Belén Campuzano y Rafael Mínguez)**

Capítulo 8. “El proceso de bancarización de las cajas de ahorros”.

BANCO CENTRAL EUROPEO (2013): «Dictamen sobre cajas de ahorros y fundaciones bancarias» (CON/2013/52), 23 de julio.

BANCO DE ESPAÑA (2010): «Informe de Estabilidad Financiera», marzo.

- (2014): «Funciones del Banco de España en el nuevo contexto europeo. Comparecencia ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados», Luis M. Linde, Gobernador, 25 de noviembre.

BERNAL RODRÍGUEZ, A.M. (2009): «Las cajas de ahorros en la historia andaluza contemporánea», en «Unicaja: ciento veinticinco años (1884-2009)», Unicaja.

BOTÍN, E. (2011): «La estrategia de Banco Santander —Intervención de D. Emilio Botín en el Centro Universitario de la Defensa-La Academia General Militar de Zaragoza—», 11 de mayo.

COMISIÓN EUROPEA (2014a): «“Rethinking regulation”: keynote speech at the ‘Smart regulation in the EU’ conference», conferencia de José Manuel Durão Barroso, Speech/14/686, 14 de octubre.

- (2014b): «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un sector financiero reformado para Europa», COM (2014) 279 final, 15 de mayo.
- (2014c): «Spain — Post Programme Surveillance», Autumn Report, Occasional Papers 206, December.

CONLLEDO LANTERO, F. (2014): «Valoración de la Ley de Cajas y Fundaciones Bancarias», ponencia de la intervención en el Congreso «Las Cajas de Ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito», Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 6 y 7 de febrero.

CONSEJO (2012): «Decisión 2012/443/UE, de 23 de julio de 2012, dirigida a España sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera», (2012/443/UE).

- (2014): «Recomendación, de 8 de julio de 2014, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2014», (2014/C 247/08).

CONSEJO DE ESTADO (2013): «Dictamen sobre el anteproyecto de ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias», ref. 512/2013, 30 de mayo.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ARAGÓN (2014): «Dictamen sobre el anteproyecto de ley de fundaciones surgidas de la transformación de las cajas de ahorros aragonesas», 9/2014, junio.

CUÑAT, V. & GARICANO, L. (2010): «Did Good Cajas Extend Bad Loans? Governance, Human Capital and Loan Portfolios», en «The Crisis of the Spanish Economy: Economic Analysis of the Great Recession», Bentolila, S., Boldrin, M., Díaz-Giménez, J. y Dolado, J.J., eds.

DE BARRÓN ARNICHES, I. (2012): «El hundimiento de la banca», Los libros de la catarata.

DE JUAN, A., URÍA, F. Y DE BARRÓN, I. (2013): «Anatomía de una crisis. Cómo la mala gestión y la injerencia política cambiaron la vida de todos y provocaron el rescate financiero», Deusto.

EUROGRUPO (2013): «Statement by the Eurogroup on Spain», 14 de noviembre.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A. (2014): «La reestructuración bancaria», El País, 20 de octubre.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2012): «The Reform of Spanish Savings Banks. Technical Note», IMF Country Report No. 12/141, May.

— (2014): «Reforming the Corporate Governance of Italian Banks», Working Paper No. 14/181, September.

GEITHNER, T.F. (2014): «Stress Test. Reflections on Financial Crises», Random House Business Books.

JUNTA DE ANDALUCÍA (2014): «El Consejo inicia los trámites del anteproyecto de Ley del Ente Público de Crédito de Andalucía», Oficina del Portavoz del Gobierno, 28 de octubre.

LÓPEZ ALONSO, C. (2002): «El pensamiento conservador español en el siglo XIX: de Cádiz a la Restauración», en «Historia de la Teoría Política», vol. 5., Vallespín, F. (editor), Alianza Editorial, 1ª ed. «Área de conocimiento»: Ciencias Sociales.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.Mª. (2013): «El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento», Diario La Ley, núm. 8.182, 31 de octubre.

— (2014a): «El Mecanismo Único de Supervisión: jugárselo todo a una carta», Sepín, noviembre.

— (2014b): «Los sistemas financieros español y europeo: una realidad convergente y en transformación», en «La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios», Editorial Bosch, marzo.

— Y NARVÁEZ LUQUE, A. (2014): «Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias: la expulsión de las cajas de su paraíso financiero», *Derecho de los Negocios*, 2 de enero; *Diario La Ley*, núm. 8.246, 7 de febrero.

MARTÍNEZ SOTO, A.P. (2011): «¿Fueron alguna vez las cajas de ahorros sociedades anónimas», en «Cajas de Ahorros: nueva normativa», Méndez Álvarez-Cedrón, J.M^a. (coordinador), Fundación de las Cajas de Ahorros.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE CONDICIONES DE POLÍTICA SECTORIAL FINANCIERA, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 (BOE de 10 de diciembre de 2012).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (2012): «El Ministerio de Economía procede a la liquidación del FAAF con un beneficio de 650 millones de euros», nota de prensa, 1 de junio.

MUÑOZ MOLINA, A. (2013): «Todo lo que era sólido», Editorial Seix Barral, S.A., 2^a ed., marzo.

PAZ-ARES, C. Y NÚÑEZ-LAGOS, R. (2011): «De los SIP y de su racionalidad como fórmula de integración», en «Cajas de Ahorros: nueva normativa», Méndez Álvarez-Cedrón, J.M^a. (coordinador), Fundación de las Cajas de Ahorros.

PwC (2014): «La Unión Bancaria: ahora empieza de verdad», Informe del Centro del Sector Financiero de PwC e IE Business School, diciembre.

SANTOS, T. (2014): «Antes del diluvio: The Spanish banking system in the first decade of the euro», Columbia University, March.

TERCEIRO LOMBA, J. (1998): «Algunos aspectos institucionales del sistema financiero español en el marco de la Unión Europea», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 75.

TORTELLA CASARES, G. (2009): «Sistema financiero y desarrollo económico en España, siglos XIX-XX», en «Unicaja: ciento veinticinco años (1884-2009)», Unicaja.

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO (2014): «La supervisión bancaria europea toma forma — La Autoridad Bancaria Europea en un contexto en evolución», Informe Especial núm. 5.

URÍA FERNÁNDEZ, F. (2010): «El nuevo régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Análisis preliminar del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio», *Diario La Ley*, núm. 7.456, 29 de julio.

ZUNZUNEGUI, F. (1999): «Cómo modernizar las cajas de ahorro», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 6 de abril.

- **“Guía sobre contratación bancaria de productos complejos (Sepín, 2015, coordinada por Enrique Sanjuán y Muñoz)”**

Capítulo 5 “La prestación de asesoramiento en materia de inversión, y la de los servicios de intermediación, custodia y administración”

AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS (2014): «ESMA tells firms to improve their selling practices for complex financial products», nota de prensa, 7 de febrero.

BANCO DE ESPAÑA (2014): *Boletín Económico*, septiembre.

BANCO CENTRAL EUROPEO (2014a): «El BCE publica la lista definitiva de entidades de crédito significativas», nota de prensa, 4 de septiembre.

— (2014b): «Decisiones de política monetaria», nota de prensa, 4 de septiembre.

— (2014c): «Introductory remarks at the EP’s Economic and Monetary Affairs Committee», discurso de Mario Draghi, 22 de septiembre.

BENOÎT CŒURÉ (2014): «On the optimal size of the financial sector», discurso en la conferencia del Banco Central Europeo titulada «El tamaño óptimo del sector financiero», 2 de septiembre.

CARRASCO PERERA, A. y LYCZKOWSKA, K. (2014): «Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el protocolo MiFID», Centro de Estudios de Consumo, 5 de mayo.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO VALORES (2010a): «Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos», 14 de octubre.

— (2010b): «Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión», 23 de diciembre.

— (2010c): «Guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad», 17 de junio.

— (2014a): «Comunicado de la CNMV respecto a Let’s Gowex y el MAB», 2 de julio.

— (2014b): «Guía de procedimientos de las funciones de control interno (cumplimiento normativo, gestión de riesgos y auditoría interna) a que se refiere la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, regula los requisitos de organización interna y las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión», 26 de febrero.

- (2014c): «La CNMV clasifica los productos financieros por riesgo y complejidad para reforzar la protección al inversor», nota de prensa, 9 de septiembre.
- (2014d): «Consulta de la CNMV relativa a un sistema de clasificación de instrumentos financieros e identificación de productos especialmente complejos», 8 de septiembre.

COMITÉ MIXTO DE LAS AUTORIDADES EUROPEAS DE SUPERVISIÓN (2013): «Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes».

- (2014a): «Placement of financial instruments with depositors, retail investors and policy holders ("Self Placement")», 31 de julio.
- (2014b): «Joint Committee Report on Risks and Vulnerabilities in the EU Financial System», agosto.

EDUFINET (2014): *Guía Financiera*, 5ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi.

EL PAÍS (2014): «La banca invierte en físicos», 28 de septiembre.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2010): «Las empresas de asesoramiento financiero», en «La MiFID y el mercado español de instrumentos financieros», Perspectivas del Sistema Financiero, núm. 98, Fundación de las Cajas de Ahorros.

FUNDS PEOPLE (2014): «Retrocesiones, ¿son cosas del pasado?», abril.

INVERSIÓN & FINANZAS (2014): «Fraudes financieros: ¿se evitarán con el nuevo etiquetado?», núm. 946, del 19 al 25 de septiembre.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.Mª. (2013): «La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013», Jurisprudencia Comentada, SP/DOCT/1761, Sepín, junio.

- (2014): «Un nuevo orden internacional político y económico para el siglo XXI», Extoikos, núm. 14.
- y Díaz Campos, J.A (2014): «Negociación de Alta Frecuencia (*High Frequency Trading* —HFT—). Las máquinas al mando de los mercados financieros», blog ¿Hay Derecho?, 1 de mayo.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE CONDICIONES DE POLÍTICA SECTORIAL FINANCIERA, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 (BOE de 10 de diciembre de 2012).

MERCADAL VIDAL, F. Y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2013): «La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, núm. 8.138, 31 de julio.

MIAN, A. & SUFI, A. (2014): *House of debt. How They (and You) Caused the Great Recession, and How We Can Prevent It From Happening Again*, The University of Chicago Press.

PÉREZ GONZÁLEZ, P. (2014): «El auge de los bonos contingentes convertibles (CoCos)», *Extoikos*, núm. 14.

SHILLER, R.J. (2012): *Las finanzas en una sociedad justa. Dejemos de condenar el sistema financiero y, por el bien común, recuperémoslo*, Ediciones Deusto.

SUMMERS, L. (2014): «Reflections on the “New Secular Stagnation Hypothesis”», en *Secular Stagnation: Facts, Causes and Cures*, Teulings, C. & Baldwin, R. (eds.), CEPR Press, VoxEU.org eBook.

WARREN, E. (2008): «Product Safety Regulation as a Model for Financial Services Regulation», *The Journal of Consumers Affairs*, Vo. 42, No. 3.

ZUNZUNEGUI, F. (2006): «Hacia un estatuto del inversor», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 1/2006, diciembre.

— (2014a): «La traición de la banca», *El Economista*, 2 de septiembre.

— (2014b): «Una sentencia bienintencionada. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 27 de enero de 2014)», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2 de febrero.

- **“Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes” (Editorial Bosch, 1ª ed., abril 2013, 2ª ed. junio 2013, Director-Coordinador Enrique Sanjuán y Muñoz; Director José María López Jiménez).**

Capítulo 8 “Canje de preferentes y otras alternativas como sistema de cobro”.

ACUÑA ALONSO, L. y MARTÍN SAMANIEGO, V.M. (2004): «El traslado a España de las estructuras de captación de recursos en los mercados internacionales de capitales», Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 9.

ALMENAR BELENGUER, M. ET AL. (2012): «Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles», Grupo de trabajo sobre medidas de agilización y reforma procesal de los procesos civiles.

ALONSO ESPINOSA, F.J. (2012): «Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», Diario La Ley, núm. 7.875, 7 de junio.

BANCO DE ESPAÑA (2012a): «La aprobación de la Comisión Europea completa la tramitación de los planes de las entidades participadas mayoritariamente por el FROB», nota de prensa, 28 de noviembre.

— (2012b): «Aprobados los planes de recapitalización de todas las entidades que requieren inyecciones de recursos públicos», nota de prensa, 20 de diciembre.

— BANCO DE ESPAÑA-CNMV (2008): «Plan de educación financiera 2008-2012», mayo.

BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES (2012a): «Informe sobre los avances en la aplicación de Basilea III», octubre.

— (2012b): «Informe a los ministros de Finanzas y Gobernadores de bancos centrales del G-20 sobre la implementación de Basilea III», octubre.

BLANCO MARCILLA, E. (2007): «Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones», monografía núm. 24, CNMV, julio.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES (2012a), Congreso de los Diputados, 8 de junio.

— (2012b), Congreso de los Diputados, 7 de noviembre.

BRIS, A. (2012): «Las Cuestiones Pendientes en Finanzas Corporativas», Bolsa, núm. 193, tercer trimestre.

CARRASCO PERERA, A. (2012): «Protéjase a quienes NO compraron participaciones preferentes», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 848/2012.

CARBÓ VALVERDE, S. (2011): «Algunas claves del futuro del sistema bancario», en Papeles de Economía Española, núm. 130, «El futuro del sector bancario», Fundación de las Cajas de Ahorros.

CASTILLA CUBILLAS, M. (2012): «Riesgo, información y error en la distribución de participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito», Derecho de los Negocios, número 265-266, noviembre-diciembre.

CINCO DÍAS (2013): «El arbitraje de las preferentes de Bankia chocará con el canje por acciones», 9 de enero.

COGGAN, P. (2012): «Paper promises. Money, Debt and the New World Order», Penguin Books.

COMISIÓN EUROPEA (2009): «Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales», 2009/C 195/04.

— (2012): «Aprobación de los planes de reestructuración del segundo grupo de bancos españoles que precisaban ayuda estatal», Speech/12/970, 20 de diciembre.

CONSEJO EUROPEO (2012): Conclusiones del Consejo Europeo de 13 y 14 de diciembre, EUCO 205/12.

CORRAL DELGADO, S., DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ DEL PASO, R. (2011): «El nuevo mapa del sistema financiero español», Extoikos, núm. 3.

CNMV (2012a): «Presentación del Informe Anual correspondiente al ejercicio 2011», 29 de mayo.

— (2012b): «Los mercados de valores y sus agentes: situación y perspectivas», Boletín Trimestral I/2012.

— Series Estadísticas, www.cnmv.es.

DE BARRÓN ARNICHES, I. (2012): «El hundimiento de la banca», Los libros de la catarata.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2012a): «Información sobre la investigación de oficio de las participaciones preferentes y deuda subordinada».

— (2012b): «Últimas respuestas de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa y de la CNMV, y posición institucional del Defensor del Pueblo al respecto», diciembre.

— (2013): Estudio sobre participaciones preferentes, marzo.

DE LA DEHESA, G. (2012): «La importancia de las reformas estructurales», en Papeles de Economía Española, núm. 133, «Crisis y reformas de la economía española», Fundación de las Cajas de Ahorros.

DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2012), 18 de diciembre.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. (2013): «Las participaciones preferentes: ascenso, auge y declive», Cuadernos de Información Económica, núm. 231, Fundación de las Cajas de Ahorros.

— y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a. (2012): «La reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá, Documento de Trabajo, núm. 9.

EL PAÍS (2012): «Las 12 recomendaciones clave del informe de la OCDE sobre España», 29 de noviembre.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA —FROB— (2013a): Comparecencia del Presidente de la Comisión Rectora del FROB ante la Subcomisión de Reestructuración Bancaria y Saneamiento Financiero del Congreso, 24 de abril.

— (2013b): Comunicación sobre acuerdos adoptados en la Comisión Rectora del FROB, nota de prensa, 22 de marzo.

— (2013c): Publicidad de los criterios básicos determinados por la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada, nota de prensa, 17 de abril.

GÓMEZ DE MIGUEL, J.M. (2011): «La calidad del capital regulatorio: una mejora necesaria», en «El sistema bancario tras la Gran Recesión», coordinadores Pérez Fernández, J. y Díez Gangas, J.C., Colección Mediterráneo Económico, núm. 19, Cajamar.

GUERRERO, C. (2012): «Las acciones y participaciones preferentes: acciones judiciales y estrategias de defensa», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2012.

HUERTA DE SOTO, J. (2009): «Dinero, crédito bancario y ciclos económicos», Unión Editorial, S.A., 4^a ed.

JUAN GÓMEZ, M. (2011): «Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés», Diario La Ley, núm. 7.581, 3 de marzo.

LLAMAZARES, T. (2012): «Las participaciones preferentes», Escritura Pública, núm. 77.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a. (2012a): «Swaps: entre la cobertura de riesgos y la especulación», Sepin Mercantil, octubre.

— (2012b): «La crisis y el nuevo marco jurídico del sistema financiero: novedades, problemas y soluciones», ponencia en el VIII Congreso de la Abogacía Malagueña, 18 y 19 de octubre de 2012, pendiente de publicación en Abogados, Tirant lo Blanch.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (2012a): «España cumple los compromisos para la recapitalización bancaria», nota de prensa, 30 de noviembre.

— (2012b): «El Eurogrupo aprueba la asistencia financiera para la banca española», nota de prensa, 20 de julio.

NAVAS, J.I. (2012): «Cláusula de convenio arbitral en las participaciones preferentes», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2012.

OCDE (2012): «OECD Economic Surveys: Spain 2012», OECD Publishing.

PÉREZ DAUDÍ, V. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2012): «Las participaciones preferentes de entidades financieras intervenidas. Análisis de las posibilidades procesales del inversor», El Derecho, 26 de septiembre.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013): «Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento», Diario La Ley, nº 8036, 5 de marzo.

PICH ROSELL, V. (2012): «Educación, economía y realidad», Cinco Días, 25 de octubre.

PRATS ALBENTOSA, L. (2012): «Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores», Diario La Ley, núm. 7.970, 22 de noviembre.

PWC (2010): «Basilea III y los retos de la banca».

RAMOS MUÑOZ, D. (2012): «Las participaciones preferentes y su contexto: resolviendo el sudoku», Diario La Ley, núm. 7.970, 22 de noviembre.

SHILLER, R.J. (2012): «Las finanzas en una sociedad justa. Dejemos de condenar el sistema financiero y, por el bien común, recuperémoslo», Ediciones Deusto.

TORRERO MAÑAS, A. (2011): «La crisis financiera internacional. Cuarto año», Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

ZUNZUNEGUI, F. (2012a): «Asesorados con preferentes», El Economista, 3 de agosto.

— (2012b): «Por la independencia y profesionalidad de la CNMV», El Economista, 22 de septiembre.

- (2012c): «Reflexiones sobre la reforma financiera», El Economista, 5 de septiembre.
- (2013): «El arbitraje de Bankia es una ficción», Revista de Derecho del Mercado Financiero, 25 de abril.

- **“El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, Diario La Ley, núm. 8.182, 31 de octubre de 2013.**

ALONSO ESPINOSA, F.J. (2012): «Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito», Diario La Ley, núm. 7.875, 7 de junio.

BANCO DE ESPAÑA (2013): Nota informativa sobre las ayudas financieras públicas en el proceso de recapitalización del sistema bancario español (2009-2013), 2 de septiembre.

COMISIÓN EUROPEA (2013): «Financial Assistance Programme for the Recapitalisation of Financial Institutions in Spain. Third Review of the Programme – Summer 2013—», Occasional Papers 155, julio.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2012), Diario de Sesiones de 18 de diciembre.

CONSEJO DE MINISTROS (2013a): Referencia del Consejo de Ministros de 5 de julio.

— (2013b): Referencia del Consejo de Ministros de 19 de julio.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (2013): Comparecencia del Presidente de la Comisión Rectora del Frob ante la Subcomisión de Reestructuración Bancaria y Saneamiento Financiero del Congreso, 10 de septiembre.

GALBRAITH, J.K. (1983): *El crash de 1929*, 3ª ed. revisada, 1ª ed. en Ariel (2007), 5ª reimpresión (2009).

GOMÁ LANZÓN, I. (2013): «El arbitraje de las preferentes: ¿un nuevo “producto híbrido”?», El Notario del Siglo XXI, julio-agosto, núm. 50.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.Mª. (2011): «El Estado o la nada», Málaga Hoy, 27 de abril.

— y DÍAZ CAMPOS, J.A. (2013): «Las agencias de rating y el mito de la triple A», Revista de Derecho del Mercado Financiero, 17 de mayo.

— (2013a): «Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas», Diario La Ley núm. 8.063, 16 de abril.

— (2013b): «Un caso concreto de impago de deuda soberana: la retención en Ghana de una fragata argentina a petición de un fondo de inversión norteamericano», Extoikos, núm. 9.

— (2013c): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013: inversión en participaciones preferentes de Lehman Brothers», Jurisprudencia Comentada, Sepín Mercantil, junio (SP/SENT/719576).

ZUNZUNEGUI, F. (2012): «Asesorados con preferentes», El Economista, 3 de agosto.

- **“Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos” (Diario La Ley, núm. 7.204, 25 de junio de 2009).**

BALLESTER CAÑIZARES, L. et al., *Glosario de Términos Bursátiles y Financieros*, 1.ª ed., Madrid, 2004.

CALVO GONZÁLEZ, J. L. y MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J. A., *Manual de Mercados Financieros*, Valencia, 2007.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. y MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», *Diario LA LEY*, núm. 6864, de 18 de enero de 2008 (LA LEY 31/2008).

PAREJO, J. A. et al., *Manual de Sistema Financiero Español*, 20.ª ed. actualizada, Barcelona, 2007.

BANCO DE ESPAÑA, Servicio de Reclamaciones, Memoria de 2005 (disponible en www.bde.es).

VALENZUELA GARACH, «Las nuevas actividades bancarias de las entidades de crédito», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 78, abril-junio 2000.

- **“Las sociedades de tasación: un auxiliar financiero infravalorado”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, 11 de noviembre de 2013.**

DE JUAN, A., URÍA, F. Y DE BARRÓN, I. (2013): *Anatomía de una crisis. Cómo la mala gestión y la injerencia política cambiaron la vida de todos y provocaron el rescate financiero*, Deusto.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA, «Los precios de transferencia a la Sociedad de Gestión de Activos (Sareb) serán muy ajustados para asegurar su rentabilidad», nota de prensa, 29 de octubre de 2012.

PARLAMENTO EUROPEO (2013): Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre política de auditoría: lecciones de la crisis (2011/2037(INI)), DOUE de 22 de febrero

RAJAN, R. (2010): *Fault lines. How hidden fractures still threaten the world economy*, Princeton University Press.

UNIÓN EUROPEA (2007): Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE—COM (2007) 807 final

UNIÓN EUROPEA (2005): Libro Verde sobre «El crédito hipotecario en la UE» [19.7.2005, COM(2005) 327 final]

ZUNZUNEGUI, F. (2013): «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 129, enero-marzo.

- **“Swaps: entre la cobertura de riesgos y la especulación”, Sepín Mercantil, octubre 2012.**

ALONSO GARCÍA, J. (2010): «Perspectiva penal de las permutas financieras», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 811/2010.

BANCO DE ESPAÑA (2012): Memoria del Servicio de Reclamaciones correspondiente a 2011.

BANCO DE ESPAÑA-COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2010): Delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura, 20 de abril.

COMISIÓN EUROPEA (2009): «Comisión staff working document on the follow up in retail services to the consumer markets scoreboard», SEC (2009) 1251 final, 22 de septiembre.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2011): «Atención de reclamaciones y consultas de los inversores. Memoria 2010».

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (2010): IX Legislatura, núm. 95, 6 de octubre.

DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J. (2011): «A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 124.

— y RUIZ BACHS, S. (2010): «Los pagos en las permutas financieras sobre tipos de interés (interest rate swap-IRS) no son intereses», Diario La Ley, núm. 7387, 23 de abril.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. (2011): «El proyecto Edufinet: educación financiera al servicio de la ciudadanía», Extoikos, núm. 1.

EDUFINET: Guía financiera básica, Universidad Pablo de Olavide, Universidad Internacional de Andalucía, Universidad de Málaga, Universidad de Jaén y Unicaja, www.edufinet.com.

EXPANSIÓN (2012): «Torres-Dulce ve difícil establecer que hubo "estafa" en las preferentes», edición digital, 10 de octubre.

FERRANDO VILLALBA, M.L. (2010): «SWAP: Vicios del consentimiento y anulación del contrato», Diario La Ley, núm. 7.523, 3 de diciembre.

GARCÍA ARANDA, J. F. (2011): «Euríbor», Extoikos, núm. 3.

JUAN GÓMEZ, M. (2011): «Aproximación práctica a la figura del interest rate swap o permuta financiera de tipos de interés», Diario La Ley, núm. 7581, 3 de marzo.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (2012): «La dación de viviendas en pago de deudas», *Extoikos*, núm. 7.

— (2011): «Permutas y permutas financieras», diario *Málaga Hoy*, 2 de noviembre.

— y MUÑOZ DE BENAVIDES, C. (2008): «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», *Diario La Ley*, núm. 6.864, 18 de enero.

NAVARRO, V. y TORRES LÓPEZ, J. (2012): «Los amos del mundo. Las armas del terrorismo financiero», Espasa.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2011): «Aspectos procesales de la impugnación de los contratos de permuta financiera o SWAPS», *Diario La Ley*, núm. 7.565, 9 de febrero.

ZUNZUNEGUI, F. (2010): «Swaps: apaño entre la CNMV y el Banco de España», diario *El Economista*, 28 de abril.

— (2012a): «Por la independencia y profesionalidad de la CNMV», diario *El Economista*, 22 de septiembre.

— (2012b): «Negociación de swaps por cuenta propia», en *Derecho Bancario y Bursátil*, 2ª edición.

- **“La dación de viviendas en pago de deudas”, Extoikos, núm. 7, julio 2012.**

ARISTÓTELES (1948): «La Constitución de Atenas», traducción de Tovar, A., Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2008): Dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (2008/C 44/19).

DEFENSOR DEL PUEBLO (2012): «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo».

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid.

GARCÍA MONTALVO, J. (2011): «Devolver el piso y saldar la hipoteca», El País, 2 de enero.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2008a): «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», Diario La Ley, núm. 6.864.

— (2008b): «Medidas de impulso a la actividad económica y ampliación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios», Diario La Ley, núm. 6.962.

— (2009a): «Crisis y moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios», Diario La Ley, núm. 7.136.

— (2009b): «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», Diario La Ley, núm. 7.204.

— (2011a): «Reseña de la Ley de Economía Sostenible», Revista Extoikos, núm. 2.

— (2011b): «Legislación hipotecaria para la galería», Málaga Hoy, 21 de julio.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2011): «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 29, mayo-agosto.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (2005): «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 98.

- **“Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas”, Diario La Ley, núm. 8.063, 16 de abril de 2013.**

BANCO DE ESPAÑA-CNMV (2008): Plan de educación financiera 2008-2012, mayo.

BANCO DE ESPAÑA (2012a): Informe de Estabilidad Financiera, noviembre.

- (2012b): «Aprobados los planes de recapitalización de todas las entidades que requieren inyecciones de recursos públicos», nota de prensa, 20 de diciembre.

CADENAS DE GEA, C., PAREJA SÁNCHEZ, M. y CASASOLA DÍAZ, J.M. (2013): «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: mire bien por dónde pisa», Extoikos, núm. 9.

CARO, A. (2013): «Reforma hipotecaria: otra visión», Cinco Días, 11 de enero.

COMISIÓN EUROPEA (2013): «Financial Assistance Programme for the Recapitalisation of Financial Institutions in Spain. Second Review of the Programme – Spring 2013–», Occasional Papers 130, marzo.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2008): dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (2008/C 44/19).

- (2012): dictamen sobre «Crecimiento inteligente e integrador» (2012/C 351/01).

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA (2012): Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria: diseño general, 16 de noviembre.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2012a): «Swaps: entre la cobertura de riesgos y la especulación», Sepin Mercantil, octubre.

- (2012b): «La dación de viviendas en pago de deudas», Extoikos, núm. 7.
- (2013): «Permutas de tipos de interés», Revista de Derecho del Mercado Financiero, 15 de enero.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD (2012): Nota de prensa «El Ministerio de Economía procede a la liquidación del FAAF con un beneficio de 650 millones de euros», 1 de junio.

- **Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores, Diario La Ley, núm. 6.852 ,2 de enero de 2008.**

CARRASCO PERERA, Á. (2001): «¿Acciones de clase en el Derecho Civil?», Carrasco Perera, A. y González Carrasco, M.C., Aranzadi Civil, núm. 3/2001,

CARRASCO PERERA, Á. ET AL. (2002): El Derecho de Consumo en España: presente y futuro, UNED.

DE LA OLIVA, Á. Y FERNÁNDEZ, M.A. (1996): *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7ª ed., Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1997): *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 6ª ed., Civitas.

FERRERES COMELLA, A. y VILADÁS JENÉ, C. (2004): «Algunas reflexiones en torno a las reclamaciones por daños y perjuicios derivados del consumo de tabaco en España y Europa», Diario La Ley, nº 6123, 9 de noviembre.

FONTANILLA PARRA, J.A. (2003): «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita», Diario La Ley núm. 5.740, 17 de marzo.

GIMENO SENDRA, V. y CORAZÓN MIRA, R. (2005): «La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación», Diario La Ley, nº 6263, 30 de mayo.

GONZÁLEZ BILBAO, E. (2006): «Criterios para la gestión de los concursos filatélicos», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 710, 27 de julio.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson.

MARTÍN VALVERDE, A. ET AL. (1997): *Manual del Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas.

MONTÓN GARCÍA, L. (2005): «Legitimación de asociaciones y entidades para la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Significación y consecuencias de los conceptos estar legalmente constituidas y ser representativas conforme a la Ley», Diario La Ley, nº 6203, 4 de marzo.

PASQUAU LIAÑO, M. (2003): *El nuevo marco para la protección judicial de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*, Junta de Andalucía.

PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2006): «Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos», Diario La Ley, número 6.554, 21 de septiembre.

SANAGUSTÍN, P. ET AL. (2000): *La formación crítica del consumidor. El sueño economista*, Junta de Andalucía.

SILGUERO ESTAGNAN, J. (2003): «Las acciones colectivas de grupo», Aranzadi Civil nº 22.

TORRES DEL MORAL, A. (1992): *Principios de Derecho Constitucional Español*, 3ª ed., UNED.

- **“De unos ciudadanos para el sistema financiero a un sistema financiero para los ciudadanos”, Revista General de Derecho Público Comparado, núm. 17, julio 2015.**

BANCO DE ESPAÑA (2014): «Nota informativa sobre ayudas públicas en el proceso de reestructuración del sistema bancario español (2009-2013)», 12 de junio.

BANCO MUNDIAL (2015): «Chapter 6: Household finance», en World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior, Nueva York (USA).

BOTÍN, A. (2014): «Generar fortaleza para una recuperación sostenible», discurso en la Conferencia de Banca Internacional, 22 de octubre.

BRANDEIS, L. D. (2009): *Other People's Money and How the Bankers Use It*, Martino Publishing, Eastford, Connecticut (USA).

CARNEY, M. (2014): «The future of financial reform», speech at the 2014 Monetary Authority of Singapore Lecture, Singapore, 17 November. BIS central bankers' speeches.

CARUANA, J. (2014): «Debt trouble comes in threes», International Finance Forum 2014 Annual Global Conference, Beijing, 1 November.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2014a): «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (Dictamen exploratorio)», 2014/C 311/06, DOUE de 12 de septiembre.

— (2014b): «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Completar la unión económica y monetaria” (Dictamen de iniciativa)», 2014/C 451/02, DOUE de 16 de diciembre.

CONCLUSIONES DE LA XXIV REUNIÓN NACIONAL DE JUECES DECANOS DE ESPAÑA (2014): 1 al 3 de diciembre, Valencia.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS —Subcomisión del Congreso de los Diputados sobre la Transparencia en la Información de los Productos Financieros e Hipotecarios de las Entidades de Crédito— (2013): «Informe de la Subcomisión», Boletín Oficial de las Cortes Generales, X Legislatura, núm. 352, 5 de noviembre.

CONSEJO EUROPEO (2012): «Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria», Informe del Presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, EUCO 120/12, 26 de junio.

DE GRAUWE, P. (2015): «The Greek Election 2015 – Revolt Of The Debtors», Social Europe, 5 de enero.

DE SOUSA SANTOS, B. (2011): *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Sequitur, 2.ª ed., 2.ª reimpr., Madrid.

DRAGHI, M. (2014): «Introductory remarks at the European Parliament's Economic and Monetary Affairs Committee», 17 November.

DRAGHI, M. (2015): «Estabilidad y prosperidad en la unión monetaria», Project Syndicate, 2 de enero.

DUDLEY, W. C. (2014a): «Improving Financial Institution Supervision: Examining and Addressing Regulatory Capture», Testimony before the Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs Financial Institutions and Consumer Protection Subcommittee, November 21.

— (2014b): «Remarks at the Workshop on Reforming Culture and Behavior in the Financial Services Industry, Federal Reserve Bank of New York, New York City», October 20.

EDUFINET (2014): *Guía Financiera*, Thomson-Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Navarra.

EKAIZER, G. (2012): *Indecentes. Crónica de un atraco perfecto*, Espasa Libros, S.L.U., Barcelona.

EUROSTAT, <http://ec.europa.eu/eurostat>.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (2015): «Sin reformas, 2015 será un año perdido», El País, 3 de enero.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2012): «The Reform of Spanish Savings Banks. Technical Note», IMF Country Report No. 12/141, May.

FUNDACIÓN BANCARIA LA CAIXA: «Protocolo de gestión de la participación financiera de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, "la Caixa" en CaixaBank, S.A.», julio.

G-20 (2014): «Leader's Communiqué», Brisbane Summit, 15-16 November.

GALBRAITH, J. K. (2009), *El crash de 1929*, Ariel, 1.ª ed., 5.ª reimpr., Barcelona.

GARCÍA MONTALVO, J. (2008): *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero. Crónica de un desenlace anunciado*, Antoni Bosch Editor, S.A., Barcelona.

GRAEBER, D. (2012): *Debt. The first 5,000 years*, Melville House Publishing, Nueva York (USA).

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a (2013): «Las sociedades de tasación: un auxiliar financiero infravalorado», Revista de Derecho del Mercado Financiero, 11 de noviembre.

— (2014): «Un nuevo orden internacional político y económico para el siglo XXI», Extoikos, núm. 14.

— y GARCÍA ARANDA, J. F. (2014): «La deuda pública española: Saturno devora a sus hijos», blog ¿Hay Derecho?, 8 de julio.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE CONDICIONES DE POLÍTICA SECTORIAL FINANCIERA, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y ACUERDO MARCO DE ASISTENCIA FINANCIERA, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012 (BOE de 10 de diciembre de 2012).

MUÑOZ MOLINA, A. (2013): *Todo lo que era sólido*, Editorial Seix Barral, S.A., 2.^a ed., Barcelona.

NATIONAL COMMISSION ON THE CAUSES OF THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE UNITED STATES (2011): *The Financial Crisis Inquiry Report*, Public Affairs, Nueva York (USA).

PIKETTY, T. (2014): *Capital in the Twenty-First Century*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts (USA).

RAGHURAM G. RAJAN (2005): «Has financial development made the world riskier?», *Proceedings*, Federal Reserve Bank of Kansas City, August.

RAGHURAM G. RAJAN (2010): *Fault lines. How hidden fractures still threaten the world economy*, Princeton University Press, New Jersey (USA).

ROLDÁN ALEGRE, J. M.^a (2014): «El modelo de negocio de la banca española», *Foro de la Nueva Economía*, Madrid, 24 de noviembre.

SANABRIA, A. y MEDIALDEA, B. (2014): «La crisis de la deuda en España: Elementos básicos y alternativas», *Colectivo Novecento*, blog de economía crítica y pensamiento político, 22 de abril.

SANDEL, M. J. (2012): *What money can't buy. The moral limits of markets*, Farrar, Straus and Giroux, New York (USA).

STIGLITZ, J. (2015): «Europe's Lapse of Reason», *Project Syndicate*, 8 de enero.

TARULLO, D. K. (2014): «Good Compliance, Not Mere Compliance», *Federal Reserve Bank of New York Conference*, «Reforming Culture and Behavior in the Financial Services Industry», New York, 20 October.

Anexo. Publicaciones objeto de compilación

“La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios” (Director, José M^a López Jiménez), Editorial Bosch, 2^a ed., julio de 2015.

Capítulo 1. “Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo, y fijación de los términos del debate”, págs. 49-105.

Autor: José M^a López Jiménez

Capítulo 2. “Los sistemas financieros español y europeo: una realidad convergente y en transformación”, págs. 107-130.

Autor: José M^a López Jiménez

Capítulo 5. “La contratación bancaria”, págs. 187-223.

Autor: José M^a López Jiménez

Capítulo 6. “El contrato de préstamo hipotecario”, págs. 241-358.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En estos capítulos se analiza, respectivamente, el contexto y situación económica y social en cuyo seno surge la controversia sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a tipo variable con consumidores; la evolución regulatoria y supervisora, que ha llevado a que, en Europa, se haya erigido un nuevo modelo de supervisión en el que esta se atribuye al Banco Central Europeo; las características propias de la contratación bancaria, como modalidad de la contratación financiera, en la que convergen la normativa sustantiva tradicional y la regulación de naturaleza administrativa; y las particularidades del contrato de préstamo garantizado con hipoteca.



CAPÍTULO 1

Contexto financiero en el que surge el problema de la cláusula suelo, y fijación de los términos del debate

José María LÓPEZ JIMÉNEZ
Abogado

SUMARIO: 1. Introducción: consideraciones básicas sobre el sistema financiero. – 2. Una visión panorámica: contexto y perspectivas. – 3. Mientras tanto, en España. – 4. La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a tipo variable. 4.1. Antecedentes. 4.2. El impacto económico de la cláusula suelo en la clientela: simulaciones. 4.3. La fijación judicial de los términos del debate sobre la cláusula suelo. 4.3.1. *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010.* 4.3.2. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011.* 4.3.3. *STS de 9 de mayo de 2013.* 4.3.3.1. *Control de las cláusulas abusivas.* 4.3.3.2. *Condiciones generales relativas al objeto principal del contrato.* 4.3.3.3. *Imposición de las condiciones generales.* 4.3.3.4. *Condiciones generales en sectores regulados.* 4.3.3.5. *Control de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato.* 4.3.3.6. *Control de inclusión de las condiciones generales.* 4.3.3.7. *Control de la transparencia de las condiciones generales incorporadas a contratos con consumidores.* 4.3.3.8. *Insuficiencia de información en las cláusulas suelo.* 4.3.3.9. *Carácter abusivo de las cláusulas.* 4.3.3.10. *Buena fe y equilibrio en las cláusulas no negociadas.* 4.3.3.11. *Nulidad parcial del contrato, eficacia no retroactiva de la sentencia y efectos frente a terceros.* 4.4. Referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, y 24 y 25 de marzo de 2015. 4.5. Consecuencias inmediatas de la STS de 9 de mayo de 2013.

1. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO

La crisis financiera y económica que comenzó en verano de 2007 ha dejado al descubierto las debilidades, algunas de enorme relevancia, del sistema financiero, no sólo español sino también del desvencijado sistema financiero europeo





Regresando al tema que nos trae, las cláusulas suelo, creemos que la STS de 9 de mayo de 2013, aunque algunos de sus pronunciamientos puedan ser aparentemente desconcertantes (como es el caso de que no sea suficiente el cumplimiento por las entidades de la normativa de transparencia para asegurar el conocimiento por el cliente de la cláusula suelo, o la irrelevancia de la presencia en el otorgamiento de un funcionario tan cualificado y arraigado como el notario, o el de que, declarada la nulidad, esta no tenga eficacia retroactiva), ha trazado, efectivamente, una buena y exhaustiva hoja de ruta, conectando la cláusula discutida con la excepcional realidad económica de nuestro país y con las instituciones y reglas jurídicas europeas.

Serán los tribunales inferiores los que deban analizar los casos concretos, teniendo a la vista el vasto «arsenal de argumentos» ofrecido por el Tribunal Supremo, que han sido ratificados por sentencias posteriores, como las de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015. Si, a pesar de todo, estos tribunales deciden separarse de la doctrina del Alto Tribunal, deberán mostrar argumentos suficientes y adecuados, para que ese diálogo al que se refería el Presidente del Tribunal Supremo en su discurso de 2005 sea enriquecedor para todos y permita alcanzar las mejores conclusiones, que son, por otra parte, las que de más alto grado se aceptan y acatan por todos los justiciables.

De este modo, el problema de la cláusula suelo se podrá superar pronto satisfactoriamente, prevalecerá la seguridad jurídica, se recuperará la confianza en nuestros sistemas judicial y financiero, la actividad económica retomará el pulso y todo esto redundará en el bienestar ciudadano.

(acerca del papel corrector de este tercer Poder frente al anquilosamiento del Poder Legislativo, el cual no sabe adaptarse con prontitud a los nuevos acontecimientos sociales), ha dado una rápida respuesta a la nulidad de las cláusulas abusivas».





CAPÍTULO 2

Los sistemas financieros español y europeo: una realidad convergente y en transformación

José María LÓPEZ JIMÉNEZ
Abogado

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El sistema financiero español. – 3. El Fondo para la Adquisición de Activos Financieros (FAAF), el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). 3.1. El Fondo para la Adquisición de Activos Financieros (FAAF). 3.2. El Fondo de Garantía de Depósitos (FGD). 3.3. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). – 4. El Memorando de Entendimiento de julio de 2012. – 5. Una nueva arquitectura de supervisión del sistema financiero a nivel europeo. El Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución.

1. INTRODUCCIÓN

Provoca consternación leer algunas de las afirmaciones del Legislador –o del Ejecutivo, ulteriormente validadas por el Congreso⁵⁶– impregnadas, en ocasio-

56. Hay que resaltar que en los últimos años se legisla mayormente por real decreto. Si quien dicta las leyes es el Gobierno y el Congreso, que es donde deben discutirse razonadamente los problemas cruciales para todos por las mentes más lúcidas y preclaras de la nación, se limita a validar lo decretado por el Gobierno, resulta que esta época no sólo es revolucionaria en lo económico, sino también para la Ciencia Política. De hecho, implícitamente se están reconociendo las limitaciones de la ley como instrumento de expresión de la voluntad popular para regular la realidad de forma sistemática, como Hayek predijo (LÓPEZ JIMÉNEZ, 2011b).

Conforme al art. 86.1 de la Constitución, «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes», con determinadas limitaciones materiales.





Los supervisores nacionales retienen la competencia supervisora, además de sobre las entidades de crédito no significativas y siempre bajo la atenta mirada del Banco Central Europeo, sobre diversas entidades de otra índole y materias como, por ejemplo, la protección de consumidores, la prevención del blanqueo de capitales o los servicios de pago, todas las cuales, por otra parte, están reguladas en sus principales aspectos por normativa de la Unión Europea.

En la práctica, la mayor parte de las entidades de crédito españolas son supervisadas, desde noviembre de 2014, por el Banco Central Europeo, por superar los 30.000 millones de euros de activos⁷⁴.

Una vez instaurado el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y en trámite de despliegue el Mecanismo Único de Resolución (MUR), existe unanimidad sobre que es inaceptable que los ciudadanos como contribuyentes asuman de forma sistemática el rescate de entidades privadas mal gestionadas. Por ello, la Directiva 2014/59/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, impone un cambio de tendencia, pues estos procedimientos estarán inspirados, en lugar de como hasta ahora por los conocidos como «bail-out» o rescates externos con dinero público, por los «bail-in» o rescates internos, en los que asumirán pérdidas, en primer lugar, los accionistas, los inversores y los depositantes no garantizados (por encima de 100.000 euros). Ante la insuficiencia del rescate interno se podrá recurrir al Fondo Único de Resolución (FUR), dotado paulatinamente por la industria bancaria, para contar en 2024 con unos 55.000 millones de euros, y, sólo excepcionalmente, se pondrá sobre el tapete dinero público. El MUR y el FUR servirán de mecanismo de cierre para los bancos significativos en dificultades objeto de supervisión directa por el Banco Central Europeo, pero estos criterios rectores también encauzarán los procedimientos seguidos en cada Estado cuando la entidad no sea significativa y la supervisión —y la resolución— se afronten con medios y recursos puramente nacionales (López Jiménez, 2015a).

Estas medidas permitirán la consolidación del mercado interior y del euro, el restablecimiento de la estabilidad financiera, la fijación de bases sólidas para una recuperación económica sostenible en el tiempo y la financiación de las iniciativas empresariales.

74. Previamente, hubo que afrontar una revisión completa de las entidades de crédito de los países participantes, necesaria desde el punto de vista legal para la asunción por parte del BCE de las responsabilidades de supervisión. Esta revisión (en inglés *comprehensive assessment*) incluyó la identificación y valoración de los factores generales de riesgo (*risk assessment system*), la evaluación exhaustiva de los balances (*balance sheet assessment*) y pruebas de resistencia (*stress test*), esto último en conjunción con la ABE (Banco de España, 2013b, p. 57).





La contratación bancaria

José María LÓPEZ JIMÉNEZ
Abogado

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La contratación bancaria. – 3. Contratación bancaria y normas de protección de consumidores. – 4. Las condiciones generales de la contratación. – 5. La contratación con consumidores. – 6. Las cláusulas abusivas. – 7. La transparencia. – 8. El alcance de la intervención notarial en la contratación bancaria (por Ignacio GOMÁ LANZÓN).

1. INTRODUCCIÓN

El sistema financiero se halla integrado por tres pilares o ejes fundamentales, que son el mercado de banca, el de valores (y derivados) y el de seguros (y fondos de pensiones), cada uno de los cuales dispone de un supervisor *ad hoc*.

El objeto de análisis de la presente obra se ciñe al ámbito de los contratos bancarios en sentido estricto, dado que la cláusula suelo forma parte de los contratos de préstamo hipotecario, es decir, de la médula misma del negocio bancario.

La prestación de otros muchos servicios a la clientela no es más que un complemento o derivación de la contratación del préstamo hipotecario (apertura de cuenta corriente, domiciliación del pago de la cuota de amortización del préstamo en dicha cuenta, formalización de seguros, contratación de derivados para mitigar el riesgo de subida de tipos de interés –con los matices que luego se verán–, etcétera), por lo que nos situaremos, en suma, en el primero de los pilares del sistema financiero, el bancario, con todas las particularidades que le son inherentes y que trataremos de describir en éste y en el siguiente capítulo.

Ahora bien, algunas de nuestras consideraciones referentes a la contratación no lo serán a la contratación bancaria, sino a la contratación financiera, pues aunque los contratos bancarios difieren en determinados aspectos de los bursátiles o de los de seguros, por ejemplo, contando cada uno de ellos con una regulación específica, comparten un denominador común.





En un trabajo posterior, Conthe (2015) alude al «inconsciente “populismo judicial” que, surgido tras la crisis financiera, tuvo [en su opinión] una clara manifestación en la sentencia del Tribunal Supremo de 2013 sobre las “cláusulas suelo”».

8. EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA *(por Ignacio Gomá Lanzón)*

8.1. El notario en la contratación bancaria: su papel con cada parte

La intervención notarial es frecuente en la contratación bancaria porque los efectos que produce aquélla interesan a las entidades bancarias y también a los contratantes de sus servicios.

A las entidades bancarias les interesan fundamentalmente los efectos del documento en sí: el efecto probatorio de la existencia del contrato; el efecto legitimador de los derechos que de él se desprenden; el efecto ejecutivo, que permite exigir por vías procesales privilegiadas los créditos que surjan del contrato y, por supuesto, el efecto constitutivo de ciertos derechos reales como el de hipoteca, que precisan la escritura y la inscripción en el registro de la propiedad para que deban entenderse eficaces frente a todos.

La producción de esos efectos jurídicos extraordinarios dimana precisamente de que en la formación del contrato han concurrido una serie de circunstancias que hacen surgir una presunción de validez y eficacia del contrato y del documento que lo contiene sobre la base de la regla de que «a mayores requisitos mayores efectos», que es lo que explica la existencia de documentos públicos de muy diversos efectos en el panorama internacional, en función de los mayores o menores requisitos que han concurrido en su formación.

aspiraba, bastaba haberla anulado o (al tratarse de un juez civil) haberla inaplicado por contraria a la ley (al art. 80 LGDCU, puesto por caso), pero no se puede sostener que las entidades que satisfacen los estándares de esta transparencia simple incumplen las exigencias de la transparencia cualificada cuando, como es el caso, la razón por la que esta reforzada transparencia se incumple sería precisamente por haber observado la norma en cuestión. Las entidades financieras están condenadas de seguro si hacen constar las cláusulas suelo/techo en la forma exigida por la normativa sectorial, pues precisamente por ello, por observarlas, incurren en alguno de los nichos de no-transparencia que delimita el § 225 de la sentencia».

Similarmente, ALFARO (2013): «Los bancos han tenido que soportar que se les acuse de no actuar transparentemente con su clientela a pesar de haber cumplido —y, a veces, por haber cumplido— estrictamente con las normas administrativas que regulaban la documentación y formalización de los contratos correspondientes, cumplimiento al que los jueces no han dado ningún valor».





CAPÍTULO 6

El contrato de préstamo hipotecario

José María LÓPEZ JIMÉNEZ
Abogado

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Regulación sustantiva del contrato de préstamo: Código Civil, Código de Comercio. 2.1. Código Civil. 2.2. Código de Comercio. 2.3. Referencia al tratamiento de los intereses de demora de determinados préstamos hipotecarios en el Real Decreto-ley 6/2012 y en la Ley 1/2013. El Real Decreto-ley 1/2015 y la cláusula suelo. 2.4. Las garantías de la operación de préstamo: el préstamo hipotecario. – 3. Regulación especial en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, en cuanto a la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y su intermediación. – 4. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. – 5. Regulación sectorial en la Orden de 5 de mayo de 1994 y en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. 5.1. La Orden de 5 de mayo de 1994. 5.1.1. *Ámbito de aplicación*. 5.1.2. *Información precontractual*. 5.1.3. *El iter negocial*. 5.1.4. *El contrato de préstamo hipotecario*. 5.2. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. 5.2.1. *El origen de la Orden EHA/2899/2011*. 5.2.2. *Objetivos y novedades destacadas de la Orden EHA/2899/2011*. 5.2.3. *Información precontractual*. 5.2.4. *Tipos de interés variable en los préstamos hipotecarios*. 5.2.5. *Documento contractual y acto del otorgamiento*. 5.2.6. *Especial mención al índice de referencia oficial «Euríbor a un año»: de subidas y bajadas*. – 6. El artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. – 7. El informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios. – 8. La cláusula suelo en la doctrina del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. – 9. El Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados sobre la Transparencia en la Información de los Productos Financieros e Hipotecarios de las Entidades de Crédito, de 28 de octubre de 2013.



Por último, éstas son las **conclusiones relacionadas con los préstamos hipotecarios**:

- Se debe vigilar el estricto cumplimiento por los Notarios de su función básica de informar a las partes sobre el alcance del contrato que están firmando, cerciorándose de que conocen lo que suscriben.
- A la vista del informe sobre independencia de las sociedades de tasación del Banco de España, se deben adoptar las reformas legales que fueran necesarias para fortalecer la independencia de las sociedades de tasación y la calidad de valoración de bienes inmuebles.
- Respecto de los seguros o cualquier producto vinculado a los préstamos hipotecarios, se deberá informar a los clientes de su no obligatoriedad y de las condiciones de los préstamos con dicho producto o sin él.
- Se deberá poner en marcha cuanto antes un portal «on line» de subastas judiciales y extrajudiciales, facilitando la creación de un mercado nacional de subastas que permitirá el acceso a las mismas de un mayor número de postores, lo que ineludiblemente se traducirá en la maximización del valor del bien subastado.

“La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos” (Directores: Alfonso Martínez-Echevarría, Ana Belén Campuzano y Rafael Mínguez), La Ley, 2015.

Capítulo 8. “El proceso de bancarización de las cajas de ahorros”, págs. 241-286.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este trabajo se analizan las fases del proceso de transición en España de las cajas a bancos, lo que implica la realización de un breve ejercicio de exploración histórica. Especial atención se presta a los Reales Decretos-ley 11/2010 y 2/2011 y, sobre todo, al Memorando de Entendimiento, fuente de la que emana la regulación actual de las cajas de ahorros y de las fundaciones bancarias contenida en la Ley 26/2013. Se estudian las fundaciones bancarias y, por último, a modo de epílogo, se sugiere cuál podría ser el futuro desarrollo de las fundaciones bancarias.

El proceso de bancarización de las cajas de ahorros*

José María LÓPEZ JIMÉNEZ**
Asesor Jurídico de Unicaja Banco, S.A.

«The natural human instinct in a financial crisis, and especially the political instinct, is to avoid unpopular interventions, to let the market work its will, to show the world you're punishing the perpetrators. But letting the fire burn out of control is much more economically damaging, and ultimately more politically damaging, than taking the decisive actions necessary to prevent it from spreading beyond the weakest institutions into the core of the system».

Timothy F. Geithner, *Stress Test. Reflections on Financial Crises*, 2014.

1. INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

En el peor de los escenarios manejados a comienzos de 2012 no cabía que dos años más tarde no quedaran cajas de ahorros en nuestro país, con la única excepción de dos minúsculas entidades. Tampoco se podía tomar muy en serio en esos meses previos al convulso verano de 2012 que el papel del supervisor bancario español, el Banco de España, quedara, en lo más sustancial, vaciado de contenido, limitado al seguimiento de entidades de segundo orden y al apoyo al Banco Central Europeo, tanto en el ejercicio

*. A la memoria de mi abuelo y de mi padre, empleados ejemplares de una caja de ahorros desde 1940 hasta 2005. En todo momento se rigieron por criterios de servicio a la clientela, honradez y austeridad en su forma de trabajar y de vivir.

**-. Las opiniones vertidas en el presente capítulo son responsabilidad exclusiva de su autor.

Podemos plantearnos, ¿han desaparecido realmente las cajas de ahorros del horizonte? Una cosa es segura: ha desaparecido, de facto, el modelo, y han desaparecido las «cajas malas», las que por unas u otras razones fueron conducidas, o se condujeron, al precipicio. El alma del modelo, encarnado en «las cajas buenas», que ahora son las transformadas en fundaciones bancarias con sus bancos mayoritariamente participados, siguen en pie, y de un día a otro no puede perderse todo aquello que las definió durante décadas o siglos. Los bancos de las fundaciones bancarias podrán seguir prestando un servicio de proximidad, fundado en la banca al por menor, en los pequeños clientes, en las pequeñas y medianas compañías, en la transparencia y en la confianza, sin olvidar los criterios de racionalidad y eficiencia económica.

Parte de estos réditos serán percibidos, vía dividendos, por las fundaciones bancarias, que, además de gestionar la participación financiera en la entidad bancaria, mantendrán lo que un día fue la razón de ser de las cajas: la Obra Social.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO CENTRAL EUROPEO, *Dictamen sobre cajas de ahorros y fundaciones bancarias* (CON/2013/52), 23 de julio, 2013.

BANCO DE ESPAÑA, *Informe de Estabilidad Financiera*, marzo, 2010.

BANCO DE ESPAÑA, *Funciones del Banco de España en el nuevo contexto europeo. Comparecencia ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados*, Luis M. Linde, Gobernador, 25 de noviembre, 2014.

BERNAL RODRÍGUEZ, A.M., *Las cajas de ahorros en la historia andaluza contemporánea* en «Unicaja: ciento veinticinco años (1884-2009)», Unicaja, 2009.

BOTÍN, E., *La estrategia de Banco Santander—Intervención de D. Emilio Botín en el Centro Universitario de la Defensa-La Academia General Militar de Zaragoza—*, 11 de mayo, 2011.

COMISIÓN EUROPEA, «*Rethinking regulation*»: *keynote speech at the 'Smart regulation in the EU' conference*, conferencia de José Manuel Durão Barroso, Speech/14/686, 14 de octubre, 2014a.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un sector financiero reformado para Europa*, COM (2014) 279 final, 15 de mayo, 2014b.

—, «Spain – Post Programme Surveillance», *Autumn Report*, Occasional Papers 206, December, 2014c.

“Guía sobre contratación bancaria de productos complejos” (Coodinador: Enrique Sanjuán y Muñoz), Sepín, 2015.

Capítulo 5. “La prestación de asesoramiento en materia de inversión, y la de los servicios de intermediación, custodia y administración”, págs. 125-158.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En primer lugar, se analiza la situación económica y financiera, para justificar que el tradicional depósito bancario puede que tenga sus días contados. A continuación, se analiza, propiamente, el asesoramiento en materia de inversión, que se puede prestar con la cobertura de un contrato *ad hoc* suscrito por las partes, como será habitual cuando intervenga una empresa de asesoramiento financiero, o en el marco de las recomendaciones personalizadas que, más espontáneamente, se puedan dirigir al interesado para la realización de operaciones relacionadas con instrumentos financieros, como sucederá, generalmente, cuando éste entre en contacto con las redes de sucursales de las entidades de crédito. Siguiendo la estructura de preguntas y respuestas, se abarca un amplio espectro de materias, desde cuál es la tipología de las empresas de servicios de inversión, a los caracteres más elementales de las empresas de asesoramiento financiero, sin dejar de tratar sobre los distintos tipos de inversor, la distinción entre productos MiFID y no MiFID, entre complejos y no complejos, qué son propiamente el asesoramiento de inversión y la evaluación de la idoneidad, entre otras. Por último, se estudia la intermediación, que se basa en la comisión mercantil, y la custodia y administración de valores, cuya instrumentación, por imperativos normativos, debe seguir las pautas marcadas para los contratos-tipo.

La prestación de asesoramiento en materia de inversión, y la de los servicios de intermediación, custodia y administración*

José María López Jiménez

Asesor Jurídico de Unicaja Banco, S. A.

The real question is: who are we selling this to?

*The same people we've been selling it to for the last two years,
and whoelse ever would buy it.*

But John, if you do this, you will kill the market for years. It's over.

MARGIN CALL (2011, dirigida por J. C. Chandor)

*La asesoría financiera personalizada será siempre un prerrequisito esencial
para un capitalismo financiero satisfactorio.*

ROBERT J. SHILLER (*Las finanzas en una sociedad justa*, 2012)

I. Introducción

Los últimos años no han dejado indiferente a casi nadie. El sistema financiero se ha transformado, y va a seguir haciéndolo aún más a corto y a medio plazo, pero también lo han hecho el mundo globalizado que alimenta y sirve de marco a las finanzas¹, y las delicadas

* Las opiniones vertidas en el presente capítulo son responsabilidad exclusiva de su autor.

¹ En este sentido, a mayor abundamiento, nos remitimos a LÓPEZ JIMÉNEZ (2014a), donde se analiza el impacto de la crisis financiera principiada en 2008 (la Gran Recesión), que podría haber alterado los cimientos de las estructuras más recientes, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que han regido la política y la economía mundial desde entonces.

La norma octava de la Circular 7/2011 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se centra en el contenido específico del contrato de custodia y administración de instrumentos financieros.

En general, por lo que resulta del análisis del clausulado de los contratos-tipo de custodia y administración de valores, en ellos se establecen los derechos y obligaciones tanto de la empresa de servicios de inversión como del cliente.

La custodia consiste en la guarda de los valores e instrumentos, y se prolongará en tanto no sea instada por el cliente su restitución. La administración de los valores e instrumentos, de otro lado, comprenderá variadas funciones, según la naturaleza de los mismos. En consecuencia, la administración puede ser comprensiva del cobro de intereses o dividendos, del pago de dividendos pasivos, la percepción de acciones en procesos de ampliación de capital o la de títulos en procesos de canje, el cobro de amortizaciones, y, en general, la realización de cuantos actos fueran necesarios o convenientes para la conservación de los derechos que correspondan a los valores e instrumentos financieros custodiados por la empresa de servicios de inversión, manteniendo al cliente informado de todo ello.

El cliente deberá abonar a la empresa de servicios de inversión las comisiones pactadas, abrir una cuenta a la vista vinculada en la que se puedan efectuar abonos y cobros de efectivo relacionados con el contrato, efectuar provisiones de fondos cuando proceda, etc.

A este contrato, con su anterior denominación de “depósito y administración de valores”, se refiere, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 1 de septiembre de 2014: *“Así resulta oportuna la cita de los arts. 2, 63 y 65 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de mercado de valores, de los cuales se deduce la indudable necesidad legal del contrato auxiliar de depósito y administración de valores relacionado con los servicios de inversión prestados a los clientes por la entidad bancaria. Por tanto, con independencia de que efectivamente se documentara o no, debemos estimar que efectivamente está acreditada la existencia de la referida relación auxiliar y complementaria a las órdenes de compra de valores negociables en un mercado financiero. Es más, podemos deducir que en el supuesto de autos esa relación se mantiene en el tiempo hasta la actualidad y en base a la misma se realizan las sucesivas órdenes de compra y se gestiona la tenencia y percepción de intereses producidos por los productos financieros adquiridos”*.

V. Bibliografía

AUTORIDAD EUROPEA DE VALORES Y MERCADOS (2014) “ESMA tells firms to improve their selling practices for complex financial products”. Nota de prensa, 7 de febrero.

BANCO CENTRAL EUROPEO (2014a) “El BCE publica la lista definitiva de entidades de crédito significativas”. Nota de prensa, 4 de septiembre.

– (2014b) “Decisiones de política monetaria”. Nota de prensa, 4 de septiembre.

– (2014c) “Introductory remarks at the EP’s Economic and Monetary Affairs Committee”. Discurso de Mario Draghi, 22 de septiembre.

“Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes” (Director-Coordenador: Enrique Sanjuán y Muñoz; Director José M^a López Jiménez), Editorial Bosch, 2^a ed., 2013.

Capítulo 8. “Canje de preferentes y otras alternativas como sistema de cobro”, págs. 125-158.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este trabajo se trata, inicialmente, sobre las diversas situaciones en las que se puede encontrar el inversor en preferentes, la consideración de las participaciones preferentes como recursos propios de las entidades de crédito y en el impacto de Basilea III, y los procesos de recompra y canje voluntarios más recientes. Seguidamente, son objeto de estudio los procesos de gestión de instrumentos híbridos de capital, que pueden ser tanto voluntarios como vinculantes por decisión del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y sus efectos para los tenedores de preferentes y el mecanismo de liquidez instaurado por el Real Decreto-ley 6/2013 para los titulares que reciban acciones no cotizadas en los procesos de canje. Por último, se alude a los casos en que se han habilitado por las entidades nacionalizadas procesos de arbitraje de consumo, como posible alternativa para el cobro, más rápida y barata para los inversores, y a la “Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada”, y sus primeros criterios, creada, asimismo, por el Real Decreto-ley 6/2013.

Canje de preferentes y otras alternativas como sistema de cobro

José María LÓPEZ JIMÉNEZ
Asesor Jurídico de entidad financiera

La característica final y común a todo episodio de especulación —en Bolsa, bienes inmuebles, arte o bonos basura— es qué sucede tras el inevitable hundimiento. Invariablemente, este será un tiempo de angustia y recriminaciones, y también de un autoexamen tan profundo como escasamente perspicaz. La ira se dirigirá a los individuos que antes fueron los más admirados por su imaginación y agudeza en asuntos financieros.

John Kenneth Galbraith (*Breve historia de la euforia financiera*, 1990)

[...] the economy flows in a circle, with money spent by one actor being received by the next.

Philip Coggan (*Paper promises. Money, Debt and the New World Order*, 2012)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SITUACIONES EN LAS QUE SE PUEDE ENCONTRAR UN INVERSOR EN PARTICIPACIONES PREFERENTES. III. LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES COMO RECURSOS PROPIOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. IMPACTO DE BASILEA III. IV. PROCESOS DE RECOMPRA Y CANJE VOLUNTARIOS. V. PROCESOS DE GESTIÓN DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS Y EFECTOS PARA LOS TENEDORES DE PARTICIPACIONES PREFERENTES. 1. El Memorando de Entendimiento y la Ley 9/2012, de 14 de noviembre. 2. Gestión voluntaria de instrumentos híbridos. 3. Gestión obligatoria y vin-

- Composición del patrimonio (porcentaje de la inversión en los productos objeto de la controversia sobre el total familiar sin contar la vivienda habitual) (de mayor a menor porcentaje).
- Volumen de la inversión (de menos a más).

“El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, Diario La Ley, Nº 8163, Sección Documento on-line, 4 de octubre de 2013, Editorial La Ley (14 págs.); y Diario La Ley, Nº 8182, 2013.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este artículo se analiza la naturaleza jurídica de los «Memorandos de Entendimiento», pues uno de ellos, el firmado en julio de 2012, ha servido como punto de partida para practicar quitas a los preferentistas de las entidades financieras españolas que han recibido apoyo público. Se describen con brevedad, asimismo, la gestación y proliferación en España de las preferentes, su funcionamiento y los procesos de arbitraje instaurados para determinadas entidades y titulares. Puede que el propósito de los procesos de arbitraje no sea tanto proteger a los preferentistas como a las cuentas públicas, es la principal conclusión alcanzada.

**El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el
Memorando de Entendimiento**

José María LÓPEZ JIMÉNEZ

Abogado

Diario La Ley, N° 8163, Sección Documento on-line, 4 Oct. 2013, Editorial **LA LEY**

LA LEY 7686/2013

«Los banqueros se cuentan entre los mejores conocedores de hombres» (Memorias de Adriano, Marguerite Yourcenar, 1974)

I. INTRODUCCIÓN

El plazo para presentar solicitudes de arbitraje por los titulares de participaciones preferentes de algunas de las entidades financieras que han recibido apoyo público (NCG Banco, Catalunya Banc y Bankia) ha expirado, por lo que este proceso tan sui géneris está cerca de alcanzar su fin.

La causa última de las quitas y el posterior canje de las preferentes por acciones en estas tres entidades la encontramos en el Memorando de Entendimiento —también conocido como «MoU»— firmado en julio de 2012 por nuestras autoridades y la llamada «Troika» (publicado en el *BOE* de 10 de diciembre de 2012).

En este trabajo prestaremos atención a la naturaleza jurídica del Memorando, que ha impuesto el sacrificio de numerosos inversores —preferentistas pero también bonistas— para reducir el impacto de la reestructuración bancaria en el contribuyente. Posteriormente se analizan el origen y rasgos principales de las participaciones preferentes y la forma en que este producto financiero complejo se fue colocando a los clientes minoristas y, por último, se indaga en el cauce del arbitraje, no previsto en el Memorando de Entendimiento ni en la Ley 9/2012 que lo desarrolla, que permite a los clientes más vulnerables recuperar la inversión sin tener que pasar por los Tribunales.

Pretendemos mostrar que realmente el fin de protección al inversor en preferentes que confía en el arbitraje se puede ver superado o solapado por otro elemento más sutil pero no menos importante, como es poner en valor a las entidades para su posterior venta, reduciendo el impacto de las medidas tomadas en las cuentas públicas y, por tanto, en último término, en el ciudadano.

Según el Banco de España (Banco de España, 2013), la cuantía total de las ayudas públicas comprometidas para la recapitalización del sistema bancario español desde mayo de 2009, sin

- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a. (2011): «El Estado o la nada», *Málaga Hoy*, 27 de abril.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a. y DÍAZ CAMPOS, J. A. (2013), «Las agencias de rating y el mito de la triple A», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 17 de mayo.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a. (2013a), «Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas», *Diario LA LEY*, núm. 8.063, 16 de abril.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a. (2013b), «Un caso concreto de impago de deuda soberana: la retención en Ghana de una fragata argentina a petición de un fondo de inversión norteamericano», *Extoikos*, núm. 9.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.^a. (2013c), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013: inversión en participaciones preferentes de Lehman Brothers», *Jurisprudencia Comentada, Sepín Mercantil*, junio (SP/SENT/719576).
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE:
<http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funciones-estructura/organizacion-organismos/ministerio-exterior/consejerias/americaelnorte/eeuu-canada/memorando/> (página Web consultada el 26 de septiembre de 2013).
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dtor.-Coordinador) y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a (Dtor.) (2013), *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, 2.^a ed., Ed. Bosch, julio.
- ZUNZUNEGUI, F. (2012), «Asesorados con preferentes», *El Economista*, 3 de agosto.

Páginas Web

- European Securities and Markets Authority, www.esma.europa.eu
- FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA, www.frob.es

“Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos”, Diario La Ley, N° 7204, 2009 (15 págs.).

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este artículo se analizan los deberes a los que quedan sujetas las personas físicas y jurídicas que, sin ser entidades de crédito, intervienen en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos en general. Se entreveran normas protectoras de consumidores con normas financieras o próximas a lo financiero, con las dificultades interpretativas que de ello se derivan para los operadores jurídicos.

Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos

José María LÓPEZ JIMÉNEZ

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

Diario La Ley, Nº 7204, Sección Doctrina, 25 Jun. 2009, Año XXX, Ref. D-227, Editorial LA LEY

LA LEY 11785/2009

En este artículo se analizan los nuevos deberes a los que quedan sujetas las personas físicas y jurídicas que, sin ser entidades de crédito, intervienen en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos en general. Se entreveran normas protectoras de consumidores con normas financieras o próximas a lo financiero, con las dificultades interpretativas que de ello se derivan para los operadores jurídicos

Disposiciones comentadas

L 2/2009 de 31 Mar. (contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito)

I. INTRODUCCIÓN

El 1 de abril se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la L 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Este extenso título cubre dos materias bien diferenciadas en lo que afecta a los consumidores: la contratación de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, de un lado; la intermediación para celebrar contratos de préstamo o crédito (tanto hipotecarios como no hipotecarios), de otro.

Nos encontramos ante una nueva norma de consumo que se solapa con otras de tipo sectorial-financiero, como ocurre por ejemplo con la L 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (1), o la más reciente L 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores, con los problemas de elección de norma aplicable e interpretativos que ello acarrea.

En el caso de que el consumidor concurra en la contratación del préstamo o crédito hipotecario con una entidad de crédito (2), o a la intermediación de préstamos con agentes de entidades de crédito, se aplicarán las normas de ordenación y disciplina bancaria, y el Banco de España supervisará la actuación de la entidad crediticia y sus agentes (3).

No obstante, la presente norma trata de colmar la falta de regulación específica en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios por consumidores con personas físicas o jurídicas que no quedan englobadas bajo el concepto de

que serán a cargo del solicitante del préstamo aun cuando el préstamo no llegue a formalizarse.

Servicios que deberá obligatoriamente contratar y abonar directamente el cliente: Indíquense los

conceptos aplicables (por ejemplo, seguro de daños) y, con carácter meramente orientativo, su cuantía.

Impuestos y Aranceles (indíquense los conceptos aplicables y, de forma aproximada para cada uno de ellos, su base imponible y el tipo porcentual aplicable).

6. Importe de las cuotas periódicas: Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.

(14) Anexo II al que nos remitimos, dada su extensión.

(15) Son intermediarios de préstamos o créditos independientes las empresas que, sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades de crédito o empresas que comercialicen créditos o préstamos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo (art. 19.3, párrafo segundo).

(16) Derecho de desistimiento cuya regulación general se contiene en los arts. 68 a 79, ambos inclusive, RDLeg. 1/2007, con un mínimo de siete días hábiles para su ejercicio (art. 71.1).

“Las sociedades de tasación: un auxiliar financiero infravalorado”, Revista de Derecho del Mercado Financiero (8 págs.), 11 de noviembre de 2013.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: Se ha discutido bastante poco acerca de las sociedades de tasación, a pesar de no haber superado el «test de discreción» y haber resultado fotografiadas tanto en la Ley 41/2007 como en la Ley 1/20134, aunque bajo el camuflaje, no necesariamente voluntario, de una maraña de referencias, relativas, en el primer caso, a la posible inscripción o transcripción de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios en el Registro de la Propiedad o a la hipoteca inversa, por ejemplo, y, en el segundo, a las cláusulas abusivas y a la revisión de la regulación procesal española para la homologación con la normativa europea (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), entre otras. En este artículo nos referimos a las principales líneas de regulación de las sociedades de tasación y a las recientes reformas legales que buscan reforzar su independencia respecto a las entidades de crédito que, a veces, las participan e instan la emisión de informes de tasación.

LAS SOCIEDADES DE TASACIÓN: UN AUXILIAR FINANCIERO INFRAVALORADO

José María López Jiménez
Abogado

1. Introducción

Las semillas que han conducido a la devastación, casi total, de nuestro sistema financiero, se sembraron en los primeros años del milenio, y fueron germinando, como dice el Código Civil, a la «vista, ciencia y paciencia» de todos, sin que nadie fuera capaz, de forma efectiva, de cortar de raíz el mal.

Se han buscado responsables, y se ha apuntado, principalmente, a los promotores y constructores inmobiliarios y a las entidades de crédito que les facilitaron financiación, drenando liquidez de otros sectores productivos. El sistema financiero falló, como casi nadie pone en duda, en su esencial labor de intermediación entre los agentes económicos con superávit y los demandantes de liquidez, movilizando capital hacia la economía real.

Los peores activos del sector han ido a parar al defectuosamente llamado «banco malo», es decir, a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb), que, tras adquirirlos a su valor real, muy inferior al contabilizado, con un descuento medio del 63 por ciento en relación con el valor bruto en libros para los activos adjudicados¹, en quince años los deberá poner de nuevo en valor para su transmisión, evitando posibles pérdidas tanto a los contribuyentes como a los inversores privados (que se juegan el capital suscrito y la deuda adquirida).

También se ha señalado, por ejemplo, a las agencias de calificación crediticia, aunque éstas, por ser de implantación internacional y operar por sucursales radicadas en los diversos países, son percibidas como una realidad más etérea e intangible. Eran tres al comienzo de la crisis y

¹ Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, «Los precios de transferencia a la Sociedad de Gestión de Activos (Sareb) serán muy ajustados para asegurar su rentabilidad», nota de prensa, 29 de octubre de 2012.

3. Valoración final

Raghuram Rajan⁸, en *Fault Lines*⁹, analiza certeramente los orígenes de la crisis financiera y económica comenzada en 2007.

Además de las consabidas explicaciones de bajos tipos de interés, exceso de liquidez, desregulación, etcétera, afirma, con relación a los Estados Unidos de América, que, ante la constatación en los primeros años 90 del pasado siglo de que los ciudadanos tenían cada vez ingresos más reducidos, la clase política comenzó a buscar formas rápidas para ayudarles — ciertamente, más rápidas que la reforma educativa, que necesita décadas para producir resultados—. Viviendas asequibles para grupos de bajos ingresos fue la respuesta obvia, unido a un acceso fácil al crédito.

Estamos muy cerca aún de los acontecimientos, demasiado para conocer con exactitud el origen de todo lo ocurrido, que quizá no sea más que un capítulo de una historia mucho más amplia, en la que los resortes del poder real están pasando de unas manos, las que lo han detentado durante los últimos decenios, a otras, que aspiran a acariciarlo. De ahí la mención a las «potencias emergentes», que compiten con otras que acaso sean «decadentes», en cuyo seno, nos guste o no, nos encontramos.

El papel desempeñado por las sociedades de tasación es nimio en comparación con la extensión e intensidad del tablero al que nos referimos, pero, regresando al ámbito doméstico de nuestro país, no se puede rechazar que ha existido un notorio conflicto de intereses entre estas sociedades y las entidades de crédito que encargaban las tasaciones, que, en muchos casos, eran sus propietarias, socavando la presunta independencia de las primeras. Con la Ley 1/2013 se rompe este vínculo, dada la obligación de que las entidades de crédito no puedan ostentar una participación significativa en las tasadoras.

Por otra parte, las normas técnicas para la elaboración de las tasaciones tampoco parecen haber servido para evitar las valoraciones demasiado elevadas, aunque, en una etapa de formación de una burbuja, es difícil separar de forma tajante valor y precio.

⁸ En 2005, cuando en los Estados Unidos se mostraban los primeros efectos de la contratación masiva de hipotecas de baja calidad, Raghuram Rajan apareció en escena. El entonces economista jefe del Fondo Monetario Internacional (FMI), en la época de Rodrigo Rato en dicha institución, en una conferencia en un homenaje al ideólogo de los vientos de la desregulación y la liberalización en el mundo financiero, el entonces Gobernador de la Reserva Federal Alan Greenspan, tuvo el arrojo de afirmar que el desarrollo financiero estaba haciendo que el mundo fuera más peligroso, lo que le mereció críticas inmediatas y mayoritarias de unos, pero, a medio plazo, el reconocimiento de otros. Poco tiempo después abandonó el FMI. Desde septiembre de 2013 Rajan es Gobernador del Banco Central de la India. Para más detalle, nos remitimos a nuestro artículo «El crítico del sistema financiero, Raghuram Rajan, nombrado Gobernador del Banco Central de la India», disponible en <http://www.club-mba.com/2013/08/23/el-critico-del-sistema-financiero-raghuram-raján-nombrado-gobernador-del-banco-central-de-la-india/>.

⁹ Rajan, R., *Fault lines. How hidden fractures still threaten the world economy*, Princeton University Press, 2010, págs. 31 y 34.

“Swaps: entre la cobertura de riesgos y la especulación” (28 págs.), Sepín, octubre de 2012.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este trabajo se realiza una aproximación a los contratos de permuta de tipos de interés, más comúnmente conocidos por su denominación inglesa, esto es, *swaps*, que persiguen principalmente la finalidad de proteger al contratante ante la subida del tipo de interés de otras operaciones de financiación, préstamos hipotecarios por lo habitual, con la misma o con otra entidad financiera, en la que el contratante aparece como prestatario. La finalidad especulativa o meramente de inversión de los *swaps* no es objeto de tratamiento,

I. Introducción

“Toda batalla se basa en el engaño. Si tu enemigo es superior, evítale. Si tu enemigo está enfadado, irítale. Si estáis igualados, combate. Y si no, espera y recapacita”.

OLIVER STONE (Wall Street, 1987)

Es evidente que estos tiempos que corren son de tránsito, de superación de un determinado modelo de organización política, social y económica que, exhausto, lleva varios años dando señales de agotamiento y que, por tanto, ha de ser relevado por otro, cuyos contornos están siendo dibujados de forma paulatina, a base de trompicones las más de las veces, de avances y retrocesos, de aplicación, en suma, de la técnica del ensayo y el error.

En este estado de cosas, los juristas nos hemos de enfrentar a problemas que, en época de vacas gordas, hace apenas cinco años, hubieran resultado impensables, siendo esa falta de previsión la que ha acentuado las dificultades para su superación.

Además, nos tenemos que mover, como clientes de entidades financieras y como profesionales del Derecho, por terrenos, por lo general, escasa o nulumamente cultivados y explorados. Se puede traer a colación el ejemplo que pone José Luis Sampedro sobre la calcopirita, tomado de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ (2011): *“Porque es el caso que, en nuestro país y en otros, el bachiller o alumno de enseñanza media y preuniversitaria sale de las aulas conociendo, p. ej., lo que es la calcopirita, pero sin haber recibido la menor información sobre lo que es un banco. A pesar de que indudablemente (...) es casi seguro que el flamante bachiller habrá de recurrir a algún banco durante su vida, siendo, en cambio, poco probable que le afecte algo relacionado con la calcopirita”.*

O, por poner otro ejemplo más cercano a lo jurídico, se sabe qué es el matrimonio rato y no consumado, pero se desconoce que es un contrato de permuta de tipo de interés, lo cual ya, de por sí, nos debe conducir a la reflexión, pues con ese conocimiento básico, con una mínima cultura financiera, lo que parece complejo probablemente no lo sería tanto, y donde apareciera un defecto de información o atisbo de duda, o, en el peor de los casos, un intento de engaño, habría una adecuada respuesta o reacción indagatoria del usuario de servicios financieros.

Pero esto es más bien un deseo proyectado hacia el futuro que una solución para los problemas ya creados, que demandan solución, y solución rápida¹.

Centrándonos en el sistema financiero, cuya implicación en la génesis de la situación actual es objeto de enconados debates, en los que confluyen todo tipo de intereses, se discute acerca de su mayor o menor responsabilidad ante las consecuencias adversas sufridas por parte de la clientela.

¹ El interés por cultivar una mayor educación financiera de la ciudadanía ha recibido un impulso en los últimos años, y un ejemplo lo podemos encontrar, al margen de los pronunciamientos de instituciones internacionales, como la OCDE, o europeas, como la Comisión o el Parlamento Europeo, en alguna reciente disposición normativa interna. De este modo, en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, (SP/LEG/6547) de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, se establece –art. 6.1– que las fundaciones de carácter especial en que se pueden transformar, en diversos supuestos, las cajas de ahorros, podrán llevar a cabo, entre otras, la actividad de fomento de la educación financiera.

Edufinet: Guía financiera básica, Universidad Pablo de Olavide, Universidad Internacional de Andalucía, Universidad de Málaga, Universidad de Jaén y Unicaja, www.edufinet.com.

Expansión “Torres-Dulce ve difícil establecer que hubo «estafa» en las preferentes”, edición digital, 10 de octubre de 2012.

FERRANDO VILLALBA, M. L. “SWAP: Vicios del consentimiento y anulación del contrato”, Diario La Ley n.º 7.523, 3 de diciembre de 2010.

GARCÍA ARANDA, J. F. “Euríbor”, Extoikos n.º 3, 2011.

JUAN GÓMEZ, M. “Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés”, Diario La Ley n.º 7581, 3 de marzo.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. “La dación de viviendas en pago de deudas”, Extoikos n.º 7, 2012.

– “Permutas y permutas financieras”, diario Málaga Hoy, 2 de noviembre de 2011.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. y MUÑOZ DE BENAVIDES, C. “Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero”, Diario La Ley n.º 6864, 18 de enero de 2008.

NAVARRO, V. y TORRES LÓPEZ, J. (2012) *Los amos del mundo. Las armas del terrorismo financiero*, Espasa.

PÉREZ DAUDÍ, V. “Aspectos procesales de la impugnación de los contratos de permuta financiera o SWAP”, Diario La Ley n.º 7.565, 9 de febrero de 2011.

ZUNZUNEGUI, F. “Swap: apaño entre la CNMV y el Banco de España”, diario El Economista, 28 de abril 2010.

– “Por la independencia y profesionalidad de la CNMV”, diario El Economista, 22 de septiembre de 2012.

– (2012) “Negociación de swap por cuenta propia”, en *Derecho Bancario y Bursátil*, 2.^a ed.

“La dación de viviendas en pago de deudas”, Extoikos, núm. 7, 2012, págs. 55-60.

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: Este artículo comienza con una referencia a la expansión del crédito y el sobreendeudamiento, especialmente en lo que afecta a deudores de préstamos hipotecarios. Posteriormente se analiza la dación en pago, que ha de distinguirse de otras figuras o situaciones afines, como la adjudicación al propio acreedor del bien hipotecado (que no extingue la responsabilidad del deudor si el acreedor no ve satisfecho íntegramente su crédito), o la limitación de responsabilidad del deudor al bien hipotecado.

La dación de viviendas en pago de deudas

José María López Jiménez

Resumen: Este artículo comienza con una referencia a la expansión del crédito y el sobreendeudamiento, especialmente en lo que afecta a deudores de préstamos hipotecarios. Posteriormente se analiza la dación en pago, que ha de distinguirse de otras figuras o situaciones afines, como la adjudicación al propio acreedor del bien hipotecado (que no extingue la responsabilidad del deudor si el acreedor no ve satisfecho íntegramente su crédito), o la limitación de responsabilidad del deudor al bien hipotecado. Finaliza con las principales conclusiones alcanzadas.

Palabras clave: Crédito; sobreendeudamiento; préstamo hipotecario; dación en pago.

Códigos JEL: D14; G20; K11; K12.

«Colocado, pues, Solón al frente de los negocios, libertó al pueblo para el presente y para el futuro con la prohibición de los préstamos sobre la persona, y puso leyes e hizo una cancelación de las deudas privadas (*idion*) y públicas (*dêmosion*), que llaman “descarga” (*seisachtheia*), pues fue como si se hubieran quitado de encima un peso».

«La Constitución de Atenas», Aristóteles

1. Introducción

Son incontables las teorías e hipótesis que se han vertido en los últimos cinco años para explicar el vendaval que ha transformado radicalmente la realidad que nos circunda, pero el alcance de estas explicaciones está siendo muy limitado en cuanto a solidez y vigencia en el tiempo.

Probablemente, estemos siendo testigos, en una coyuntura cenital, de un cambio de paradigma, entre otros, en el ámbito económico, en la forma que magistralmente expuso Thomas S. Kuhn hace varias décadas.

Ahora bien, la mayor o menor eficacia explicativa de la doctrina científica, mientras dura el tránsito de las insatisfactorias y viejas ideas a los nuevos moldes mentales, no exime de la búsqueda de soluciones a los problemas que se mantienen irresueltos.

En contraposición a las proposiciones científicas, que son válidas y universales en tanto no se demuestre que son falsas (K. Popper), son individuos concretos, con existencia real, los que padecen la inexactitud de las que fueron ideas o creencias predominantes.

El estudio de la dación en pago permite acercarse a la «burbuja inmobiliaria», no tanto para ofrecer explicaciones acerca de su origen, como para brindar soluciones a los estragos provocados en casos concretos, tanto a prestamistas como a prestatarios, en particular, a estos últimos.

2. El incremento de la oferta de crédito. El sobreendeudamiento

No cabe duda de que el crédito ha permitido a los ciudadanos europeos mejorar su calidad de vida y acceder a bienes y servicios esenciales a los que no hubieran tenido acceso de otra forma, o a los que no hubieran podido acceder sino mucho tiempo después, como, por ejemplo, la vivienda (Comité Económico y Social Europeo, 2008).

Una vez vencidas las reticencias iniciales, especialmente en los países de tradición católica, se ha generalizado, en los últimos años, la oferta y la demanda de crédito, no sólo para atender las necesidades objetivamente más importantes de los ciudadanos, como la adquisición de su vivienda, sino también para gestionar el presupuesto diario y sus necesidades más accesorias o superfluas.

Una época de bonanza económica seguida, abruptamente, de otra de recesión, es el caldo de

Referencias bibliográficas

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2008): Dictamen sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (2008/C 44/19).

DEFENSOR DEL PUEBLO (2012): Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995): Sistema de Derecho Civil, vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid.

GARCÍA MONTALVO, J. (2011): «Devolver el piso y saldar la hipoteca», El País, 2 de enero.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2008a): «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», Diario La Ley, n.º 6.864.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2008b): «Medidas de impulso a la actividad económica y ampliación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios», Diario La Ley, n.º 6.962.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2009a): «Crisis y moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios», Diario La Ley, n.º 7.136.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2009b): «Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos», Diario La Ley, n.º 7.204.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2011a): «Reseña de la Ley de Economía Sostenible», Revista eXtoikos, n.º 2.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2011b): «Legislación hipotecaria para la galería», Málaga Hoy, 21 de julio

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2011): «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea tan seductora como desaconsejable», Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 29, mayo-agosto.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (2005): «Tarjetas de crédito y tutela del consumidor», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n.º 98.

“Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas”, Diario La Ley, N° 8063, 2013 (7 págs.).

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este artículo se analiza el contexto social, financiero y económico actual, en el que se revisará y pondrá en funcionamiento un nuevo marco jurídico hipotecario. Las circunstancias exigen, sobradamente, la adopción de medidas, pero se habrán de extremar las cautelas en su diseño y ejecución, pues la alteración de un entramado de relaciones tan complejo puede provocar resultados no deseados.

Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas

José María LÓPEZ JIMÉNEZ

Abogado

Diario La Ley, N° 8063, Sección Tribuna, 16 Abr. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY

LA LEY 1792/2013

Vivimos tiempos raros. Disponemos de un Parlamento que apenas legisla, de un Ejecutivo que legisla con fruición y de un Poder Judicial que no se encuentra «cómodo» en su desempeño. Instituciones extranjeras (Fondo Monetario Internacional) y supranacionales (Comisión Europea y Banco Central Europeo), al son del *Memorandum of Understanding* (MoU) suscrito el 23 de julio de 2012 (*BOE* de 10 de diciembre de 2012), imponen sus condiciones a nuestras autoridades, dejando en evidencia la soberanía nacional consagrada en nuestra Carta Magna, que ya comenzó a verse dañada, *de facto*, cuando principió la entrada de dinero a mansalva, procedente del exterior, para financiar los excesos inmobiliarios.

Las enormes dificultades materiales que atraviesan millones de personas en nuestro país, la destrucción del tejido empresarial, especialmente de las pequeñas y medianas empresas, y el elevado índice de desempleo, inaceptablemente alto entre los más jóvenes, conforman un escenario social y económico de una evidente complejidad.

Las propias instituciones nacionales y europeas alertan de los riesgos, cada vez más certeros, que afrontamos. Por ejemplo, según el Comité Económico y Social Europeo, «Se ha intensificado el riesgo de conflictos sociopolíticos y el papel de las fuerzas políticas extremistas. Cabe esperar que la lucha contra las crisis económica, financiera, social y de la solidaridad siga siendo la prioridad máxima de Europa a mediados de la actual década» (Comité Económico y Social Europeo, 2012).

La salida a algunos de los problemas más gravosos, fracasados los intentos de solución que podríamos calificar como ortodoxos, obliga, con toda la razón, a adoptar enfoques heterodoxos, aunque en este tránsito de lo conocido a lo desconocido, antes de dar un paso, se deben sopesar cuidadosamente todas las alternativas que se presentan, con sus correspondientes efectos, tanto los deseados como los no deseados.

Una de las aproximaciones para conocer, en toda su crudeza, cómo arrecia la crisis, permite dirigir nuestra mirada hacia el fenómeno del sobreendeudamiento, con el reverso de las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho de crédito del acreedor y la posterior ejecución de garantías, especialmente la hipotecaria.

(39) *Op. cit.*, págs. 56 y 57.

[Ver Texto](#)

(40) FONTANILLA PARRA, J. A., «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita», *Diario La Ley* núm. 5.740, 17 de marzo de 2003, pág. 7.

[Ver Texto](#)

“Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores”, Diario La Ley, Nº 6852, 2008 (26 págs.).

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este trabajo se realiza una aproximación a la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en España desde la perspectiva procesal civil y el ejercicio de las denominadas acciones colectivas, ya sean de cesación o de indemnización de daños y perjuicios. Se centra en el ámbito estrictamente procesal civil, si bien se dar noticia, igualmente, acerca de la defensa de los intereses colectivos en los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo, a los cuales podría ser necesario o conveniente acudir para lograr una efectiva protección de los intereses de los consumidores. Asimismo, se hace referencia a la protección de los intereses colectivos en el orden social, con la finalidad de ofrecer una visión completa y no sesgada de la protección de la genérica categoría de los intereses colectivos. También se profundiza en el actual régimen jurídico de las acciones colectivas en el ámbito procesal civil y las dificultades prácticas surgidas a la luz del análisis de la jurisprudencia (fundamentalmente de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales).

Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores

Por JOSÉ MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ

Asesor Jurídico UNICAJA

Diario La Ley, N° 6852, Sección Doctrina, 2 Ene. 2008, Año XXIX, Ref. D-1, Editorial **LA LEY**

LA LEY 6866/2007

En este trabajo se realiza una aproximación a la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en España desde la perspectiva procesal civil y el ejercicio de las denominadas acciones colectivas, ya sean de cesación o de indemnización de daños y perjuicios. El autor se centra en el ámbito estrictamente procesal civil, si bien se dará breve noticia acerca de la defensa de los intereses colectivos en los órdenes jurisdiccionales penal y contencioso-administrativo, a los cuales podría ser necesario o conveniente acudir para lograr una efectiva protección de los intereses de los consumidores. Asimismo, hece referencia a la protección de los intereses colectivos en el orden social, con la finalidad de ofrecer una visión completa y no sesgada de la protección de la genérica categoría de los intereses colectivos. También profundiza en el actual régimen jurídico de las acciones colectivas en el ámbito procesal civil y las dificultades prácticas surgidas a la luz del análisis de la jurisprudencia (fundamentalmente de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales).

Normativa comentada

I. PRECISIONES CONCEPTUALES

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en lo sucesivo el Texto Refundido LGDCU, en vigor desde el día 1 de diciembre de 2007, dispone en su art. 3 lo siguiente:

«A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.»

Hacemos notar que el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo citado se muestra crítico con el nuevo concepto, siendo preferido el contenido en el art. 1 de la hasta ahora vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, LGDCU) (LA LEY 1734/1984), que identifica a consumidor o usuario con destinatario final de bienes y servicios. Asimismo, añadimos nosotros, el concepto de destinatario final es el de algunas normas protectoras de consumidores y usuarios de carácter autonómico [por ej., el art. 3.a) de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (LA LEY 52/2004)], por lo que ahora nos encontramos con dos conceptos para definir una misma realidad. En cualquier caso, dejamos la crítica del Texto

(39) *Op. cit.*, págs. 56 y 57.

[Ver Texto](#)

(40) FONTANILLA PARRA, J. A., «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita», *Diario La Ley* núm. 5.740, 17 de marzo de 2003, pág. 7.

[Ver Texto](#)

“De unos ciudadanos para el sistema financiero a un sistema financiero para los ciudadanos”, Revista General de Derecho Público Comparado, N° 17, 2015, Iustel (26 págs.).

Autor: José M^a López Jiménez

Resumen: En este artículo se analizan, primero, los antecedentes de la crisis financiera que comenzó en 2008. Seguidamente, se exponen los efectos y cambios de mayor calado derivados de la reforma del sistema financiero, que han llevado a una reválida de la libre circulación de capitales, en oposición al proteccionismo, y al examen continuado de los Estados por los mercados. Desde el punto de vista del ciudadano y del ejercicio de sus derechos políticos y sociales, el entorno de austeridad en el gasto, público y privado, acompañado de la menor intensidad de la actividad económica, han socavado parte de las conquistas alcanzadas en las sociedades avanzadas, como la española, en las últimas décadas. Paradójicamente, el retorno a la “normalidad” debería basarse en la existencia de un sistema financiero sólido y saneado.

DE UNOS CIUDADANOS PARA EL SISTEMA FINANCIERO A UN SISTEMA FINANCIERO PARA LOS CIUDADANOS

Por

JOSÉ MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ
Asesor Jurídico
Unicaja Banco, S.A.¹

jmlopjim@gmail.com

Revista General de Derecho Público Comparado 17 (2015)

«No se puede comparar la literatura con las finanzas. Son completamente diferentes [...]».

Para bien o para mal, en la literatura no solo el dinero mueve las cosas», 1Q84, Haruki Murakami².

RESUMEN: En este artículo se analizan los antecedentes de la crisis financiera que comenzó en 2008. Seguidamente, se exponen los efectos y cambios de mayor calado derivados de la reforma del sistema financiero, que han llevado a una reválida de la libre circulación de capitales, en oposición al proteccionismo, y al examen continuado de los Estados por los mercados. Desde el punto de vista del ciudadano y del ejercicio de sus derechos políticos y sociales, el entorno de austeridad en el gasto, público y privado, acompañado de la menor intensidad de la actividad económica, han socavado parte de las conquistas alcanzadas en las sociedades avanzadas, como la española, en las últimas décadas.

PALABRAS CLAVE: Mercados; deuda; austeridad; inversión pública; crecimiento.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS ORÍGENES DE LA CRISIS. 1. Marco de referencia ideológico. 2.- Las causas inmediatas de la crisis global de 2008. 3. Las causas de la crisis en España.- III. LOS EFECTOS DE LA CRISIS.- IV. HACIA UNA NUEVA CULTURA PARA EL SISTEMA FINANCIERO.

FROM CITIZENS FOR THE FINANCIAL SYSTEM TO A FINANCIAL SYSTEM FOR CITIZENS

ABSTRACT: This article describes the background of the financial crisis that began in 2008. After that, it analyzes the effects and more fundamental changes derived from the reform of the financial system, which has led to a revalidation of the free movement of capital versus protectionism, and the permanent examination of governments by markets. From the point of view

¹ Las opiniones vertidas en el presente artículo son responsabilidad exclusiva de su autor, quien, adicionalmente, desea expresar su agradecimiento a J. A. Díaz Campos por la colaboración prestada para la recopilación de datos y la elaboración de los cuadros contenidos en el mismo.

² Referencia (2009).

Para salir de este círculo deprimido se da la paradoja de que se necesita, además de decididas reformas estructurales por parte de los Estados, de la aportación del sector financiero, eso sí, de un sector reformado y saneado, que se aleje de muchas de las prácticas viciadas de los últimos años. El sistema financiero, cuya debacle multiplicó los destrozos, se convertirá así en el primer punto de apoyo para la recuperación económica y, paradójicamente, para la posible redención de los derechos sociales que se quedaron por el camino.

